Die Stellung der Rechtfertigungsgründe im Verbrechensaufbau

Ein Beitrag zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität des Saarlandes

vorgelegt von

Norbert Weigt
Bonn-Beuel

1969

Die Stellung der Rechtfertigungsgründe im Verbrechensaufbau

Ein Beitrag zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität des Saarlandes

vorgelegt von

Norbert Weigt

Bonn-Beuel

1969

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Tag der Disputation: 2. Mai 1969
Dekan: Prof. Dr. Hans Zacher
1. Berichterstatter: Prof. Dr. Arthur Kaufmann
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Gerhard Kielwein

Meiner Frau
und
meinen Eltern

Inhalt

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	IV
Literaturverzeichnis	V
Einleitung	1
I. Die Entwicklung des Verhältnisses von Tatbestand und Rechtswidrigkeit	3
1. Die Tatbestandslehre Belings	3
a) Der Verbrechensaufbau vor Beling	3
b) Belings ältere Auffassung	4
c) Belings abgewandelte Tatbestandslehre	7
d) Die Fortführung von Belings Tatbestandslehre durch Max Ernst Mayer	9
2. Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen	1o
a) Baumgarten	1o
b) Frank	12
c) Radbruch	13
3. Die Lehre vom Tatbestand als typisierter Rechtswidrigkeit	15
a) Hegler	15
b) Sauer	15
c) Mezgers ältere Tatbestandslehre	18
d) Mezgers neuere Auffassung	19
e) Zimmerl	23
f) Der Vergleich der Tatbestandsbegriffe bei Bruns	23
4. Die Tatbestandslehre Welzels	24
5. Der Verbrechensaufbau bei Maurach	3o
6. Die Tatbestandslehre von Gallas	32
7. Die Neubelebung der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen (Die Lehre vom Unrechtstatbestand)	34
a) Arthur Kaufmann	34
b) Engisch	38
c) von Weber	4o
d) Schaffstein	41
e) Schröder	43
f) Lang-Hinrichsen	44
g) Roxin	45

Seite

8. Unrechtssachverhalt und Unrechtsvorwurf bei Maihofer 48

9. Die Rechtfertigungsgründe als Gegentatbestände 5o

1o. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund in der Rechtsprechung 52

11. Zusammenfassung 53

II. Einleitende Bemerkungen zu den Begriffen Tatbestand, Rechtfertigungsgrund und Rechtswidrigkeit 55

1. Der Tatbestandsbegriff 55

2. Die Rechtfertigung 58

3. Formelle und materielle Rechtswidrigkeit 6o

III. Sinn und Aufgabe der Verbrechenssystematik 61

1. Praktischer Wert und sachliche Berechtigung einer Gliederung 61

2. Ist der herkömmliche dreistufige Aufbau sinnvoll? 64

IV. Das Normenproblem 7o

1. Die Normentheorie 7o

a) Die Normentheorie Bindings 7o

b) Die Kulturnormen bei M.E. Mayer 71

c) Die Normentheorie bei Maurach, Welzel und Armin Kaufmann 72

d) Ergebnis 74

2. Das Verhältnis von Norm und Rechtfertigungsgrund 75

a) Norm und Rechtfertigungsgrund als Regel-Ausnahme-Verhältnis 75

b) Die Rechtfertigungsgründe als Einschränkung der Norm 77

c) Ergebnis 81

3. Normentheorie und Imperativentheorie 83

V. Bestehen sachliche Unterschiede zwischen Tatbestand und Rechtfertigungsgrund? 85

1. Die strafrechtlich relevante Rechtsgutsverletzung und die Rechtsgüterkollision als Abgrenzungskriterium 85

2. Der Unterschied zwischen tatbestandsausschließender und rechtfertigender Einwilligung 89

3. Die Trennbarkeit von Tatbestand und Rechtfertigungsgründen bei den "offenen" Tatbeständen und bei den Delikten mit rechtswidriger Zueignungsabsicht 92

Seite

4. Der Leitbildtatbestand als Verkörperung des typischen Unrechts 97

5. Tatbestand und Typus 99

6. Ergebnis 1o2

VI. Die Folgerungen aus dem tatbestandseinschränkenden Charakter der Rechtfertigungsgründe 1o5

1. Die Rechtfertigungsgründe als negative Tatbestandsmerkmale 1o5

2. Das Vorsatzproblem 1o6

a) Negative Merkmale und positive Merkmale mit negativem Inhalt 1o7

b) Das aktuelle Bewußtsein als Vorsatzerfordernis 111

3. Die Voraussehbarkeit des Fehlens von Rechtfertigungsgründen bei der Fahrlässigkeit 117

4. Die subjektiven Rechtfertigungselemente 118

a) Die Rechtfertigung fahrlässigen Verhaltens 119

b) Untauglicher Versuch und Rechtfertigung 119

VII. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund 122

1. Die Unterscheidung zwischen Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen 122

2. Der Irrtumstatbestand als Bezugsobjekt für den dolus malus 126

3. Die Impulswirkung der Rechtsgutsverletzung 127

4. Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf 1962 129

5. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs 133

6. Ergebnis 134

VIII. Zusammenfassung 136

W i c h t i g e A b k ü r z u n g e n

ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
AT	Allgemeiner Teil
BT	Besonderer Teil
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DtStrRZ	Deutsche Strafrechtszeitung
E 1962	Entwurf eines Strafgesetzbuchs (StGB) mit Begründung - Bundesratsvorlage - Bundesratsdrucksache 2oo/62, Bonn, 1962
LB	Lehrbuch
LK	Leipziger Kommentar
LvdnT	Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen
SchwZStR	Schweizer Zeitschrift für Strafrecht
StB	Studienbuch
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Im übrigen werden die allgemein üblichen und bekannten Kurzformen verwendet.

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

Im Text sind die Titel abgekürzt zitiert. Bei Aufsätzen wird in der Regel nur die Fundstelle angegeben.

ALTERNATIV- ENTWURF eines Strafgesetzbuchs, Allgemeiner Teil, Tübingen, 1966

BAUMANN, JÜRGEN, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bielefeld, 5. Aufl. 1968

BAUMGARTEN, ARTHUR, Der Aufbau der Verbrechenslehre, Tübingen, 1913

- Die Verbrechensformel, in: SchwZStR 34 (1921), 58 ff.

BELING, ERNST, Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen, 19o6

- Grundzüge des Strafrechts, Tübingen, 11. Aufl. 193o
- Die Lehre vom Tatbestand, Tübingen, 193o

BINDING, KARL, Die Normen und ihre Übertretung, Leipzig
Bd. I , 4. unveränderte Aufl. 1922;
Bd. II , 1. Teil, 2. Aufl. 1914;
Bd. III, 1918

- Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, 1. Bd. Strafrecht, München und Leipzig, 1915
- Der objektive Verbrechenstatbestand in seiner rechtlichen Bedeutung, in: Der Gerichtssaal 76 (191o), 1 ff.

BRUNS, HERMANN, Kritik der Lehre vom Tatbestand, Bonn und Köln, 1932

ENGISCH, KARL, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, Berlin, 193o

- Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Heidelberg, 2. Aufl. 1968
- Der rechtsfreie Raum, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1o8 (1952), 385 ff.
- Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, in: Festschrift für Edmund Mezger, München und Berlin, 1954, S. 127 ff.
- Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, in: ZStW 7o (1958), 566 ff.
- Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. 1, Karlsruhe, 196o, S. 4o1 ff.

FRANK, REINHARD, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Tübingen, 3./4. Aufl. 1903, 5./7. Aufl. 1908, 18. Aufl. 1931

- Über den Aufbau des Schuldbegriffs, in: Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen, Gießen, 1907, S. 519 ff.

FRÜH, WALO, Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes, Zürcher Dissertation, Winterthur, 1962

FUKUDA, TAIRA, Das Problem des Irrtums über Rechtfertigungsgründe, in: JZ 1958, 143 ff.

GALLAS, WILHELM, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, in: ZStW 67 (1955), 1 ff.

GEERDS, FRIEDRICH, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, in: GA 1954, 262 ff.

- Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf, in: ZStW 72 (1960), 42 ff.

GROSSE STRAFRECHTSKOMMISSION, Niederschriften über die Sitzungen, 2. Bd., Allgemeiner Teil, 14. bis 25. Sitzung, Bonn, 1958

HALL, KARL ALFRED, Entwicklung des Verbrechensbegriffes aus dem Geist des Prozesses, in: Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer, Berlin, 1966, S. 35 ff.

HARDWIG, WERNER, Sachverhaltsirrtum und Pflichtirrtum, in: GA 1956, 369 ff.

- Besprechung von Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, in: JZ 1961, 269 f.

- Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit, in: ZStW 78 (1966), S. 1 ff.

HEGLER, AUGUST, Die Merkmale des Verbrechens, in: ZStW 36 (1915), 19 ff. 184 ff.

HIRSCH, HANS JOACHIM, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen - Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund -, Bonn, 1960

- Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, in: ZStW 74 (1962), 78 ff.

- Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen - Rechtswidrigkeit und Irrtum bei den Zueignungsbestimmungen, in: JZ 1963, 149 ff.

KADEČKA, FERDINAND, Nicht rechtswidrige strafbare Handlungen, in: Festschrift für Theodor Rittler, 1946, S. 32 ff.

KAUFMANN, ARMIN, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie - Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, Göttingen, 1954

- Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung, in: JZ 1955, 37 ff.

KAUFMANN, ARTHUR, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Mainz, 1949

- Das Schuldprinzip - Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, Heidelberg, 1961
- Analogie und "Natur der Sache" - Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 65/66, Karlsruhe, 1965
- Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, in: JZ 1954, 653 ff.
- Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, in: JZ 1956, 353 ff., 393 ff.
- Bemerkungen zum Irrtum beim unechten Unterlassungsdelikt, in: JZ 1963, 5o4 ff.
- Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf 1962, in: ZStW 76 (1964), 543 ff.

LANGE, RICHARD, Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung, in: JZ 1953, 9 ff.

LANG-HINRICHSEN, DIETRICH, Zur Frage des Unrechtsbewußtseins, in: ZStW 63 (1951), S. 332 ff.

- Zur Problematik der Lehre von Tatbestands- und Verbotsirrtum, in: JR 1952, 184 ff.
- Tatbestandslehre und Verbotsirrtum, in: JR 1952, 3o2 ff., 356 ff.
- Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in:JZ 1953, 362 ff.

LARENZ, KARL, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, Göttingen, Heidelberg, 2. Aufl. 1969

LEIPZIGER KOMMENTAR zum Strafgesetzbuch, begründet von Ebermayer, Lobe und Rosenberg, herausgegeben von Jagusch und Mezger, Bd. 1, Berlin, 8. Aufl. 1956

LISZT, FRANZ v., Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Berlin, 14./15. Aufl. 19o5

LISZT, FRANZ v. - SCHMIDT, EBERHARD, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1. Bd., Berlin und Leipzig, 26. Aufl. 1932

LÖFFLER, ALEXANDER, Besprechung der 5. Aufl. des Lehrbuches von Franz von Liszt, Grünhuts Zeitschrift (Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart) 2o (1893), 767 ff.

LUDEN, HEINRICH, Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, 2. Bd.: Über den Thatbestand des Verbrechens nach gemeinem teutschen Rechte, Göttingen, 184o

MAIHOFER, WERNER, Der Unrechtsvorwurf, in: Festschrift für Theodor Rittler, Aalen, 1957, S. 141 ff.

- Zur Systematik der Fahrlässigkeit, in: ZStW 7o (1958), S. 159 ff.
- Der soziale Handlungsbegriff, in: Festschrift für Eberhard Schmidt, Göttingen, 1961, S. 156 ff.
- Objektive Schuldelemente, in: Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer, Berlin, 1966, S. 185 ff.

MAURACH, REINHART, Deutsches Strafrecht, Karlsruhe, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1965; Besonderer Teil, 5. Aufl. 1969

MAYER, HELLMUTH, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart und Köln, 1953

MAYER, MAX ERNST, Rechtsnormen und Kulturnormen - Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 5o -, Breslau, 19o3

- Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Lehrbuch, Heidelberg, 2. unveränderte Aufl. 1923

MERKEL, ADOLF, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Stuttgart,1.Aufl. 1889

MEZGER, EDMUND, Strafrecht - Ein Lehrbuch, Berlin und München, 3. unveränderte Aufl. 1949

- Strafrecht - Ein Studienbuch, München und Berlin, I. Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 196o; II. Besonderer Teil, 7. Aufl. 196o
- Die subjektiven Unrechtselemente, in: Der Gerichtssaal 89 (1924),2o7 ff.
- Vom Sinn strafrechtlicher Tatbestände, Sonderabdruck aus der Festschrift für Traeger, Berlin, 1926, S. 187 ff.
- Vom Sinn der strafbaren Handlung, in: JZ 1952, 673 ff.
- Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, in: NJW 1953, 2 ff.

MEZGER, EDMUND - BLEI, HERMANN, Strafrecht - Kurzlehrbuch, München und Berlin I. Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 1968; II. Besonderer Teil, 9.Aufl. 1966

MÜLLER, HANS, Der Irrtum über negative Tatumstände, Saarbrücker Dissertation, 1958

NAKA, YOSHIKATSU, Die Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes, in: JZ 1961, 21o f.

NIESE, WERNER, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, in: DRiZ 1953, 2o ff.

NOLL, PETER, Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht, in: ZStW 68 (1956) 181 ff.

- Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, in: ZStW 77 (1965) 1 ff.

NOWAKOWSKI, FRIEDRICH, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, in: ZStW 63 (1951), 287 ff.

PHILIPPS, LOTHAR, Rechtliche Regelung und formale Logik, in: ARSP 1964, 317 ff.

- Sinn und Struktur der Normlogik, in: ARSP 1966, 195 ff.

PLATE, HARTWIG, Ernst Beling als Strafrechtsdogmatiker, Berlin, 1966

PLATZGUMMER, W., Die Bewußtseinsform des Vorsatzes, Wien, 1964

RADBRUCH, GUSTAV, Zur Systematik der Verbrechenslehre, in: Festgabe für Reinhard v. Frank, Bd. I, Tübingen, 1930, S. 158 ff.

- Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, in: Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, 1938, S. 46 ff.

ROXIN, CLAUS, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, Hamburg, 1959

- Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962, in: ZStW 76 (1964), 582ff.
- Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, in: JuS 1964, 373 ff.

SALM, KARL, Zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs über den strafbefreienden Irrtum, in: ZStW 69 (1957), 522 ff.

SAUER, WILHELM, Grundlagen des Strafrechts nebst Umriß einer Rechts- und Sozialphilosophie, Berlin und Leipzig, 1. Aufl. 1921

- Allgemeine Strafrechtslehre, Berlin, 3. Aufl. 1955
- Zur Grundlegung des Rechts und zur Umgrenzung des strafrechtlichen Tatbestands, in: ZStW 36 (1915), 449 ff.
- Die beiden Tatbestandsbegriffe - Zur Lehre von den äußeren Strafbarkeitsvoraussetzungen, in: Festschrift für Edmund Mezger, München und Berlin, 1954, S. 117 ff.
- Tatbestand, Unrecht, Irrtum und Beweis, in: ZStW 69 (1957), 1 ff.
- Zum Aufbau des strafrechtlichen Tatbestands, in: JR 1959, 14 f.

SCHAFFSTEIN, FRIEDRICH, Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre, in: MDR 1951, 196 ff.

- Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, in: ZStW 72 (1960), 369 ff.
- Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, in: Göttinger Festschrift für das OLG Celle, Göttingen, 1961, S. 175 ff.

SCHEWE, GÜNTHER, Bewußtsein und Vorsatz, Neuwied und Berlin, 1967

SCHMIDHÄUSER, EBERHARD, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, in: Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer, Berlin, 1966, S. 317 ff.

SCHMITT, RUDOLF, Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeitsdelikten?, in: JuS 1963, 64 ff.

SCHÖNKE, ADOLF - SCHRÖDER, HORST, Strafgesetzbuch, Kommentar, München und Berlin, 14. Aufl. 1969

SCHRÖDER, HORST, Vorsatz und Schuld, in: MDR 1950, 646 ff.

- Tatbestands- und Verbotsirrtum, in: MDR 1951, 387 ff.
- Die Irrtumsrechtsprechung des BGH, in: ZStW 65 (1953), 178 ff.
- Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe nach dem BGH, in: MDR 1953, 7o ff.
- Eigenmächtige Heilbehandlung im geltenden Strafrecht und im StGB-Entwurf 196o, in: NJW 1961, 951 ff.

SCHWEIKERT, HEINRICH, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, Freiburger rechts- und staatswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 9, Karlsruhe, 1957

STRATENWERTH, GÜNTER, Prinzipien der Rechtfertigung, in: ZStW 68 (1956), S. 41 ff.

v. WEBER, HELLMUTH, Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, in: JZ 1951, 26o ff.

- Negative Tatbestandsmerkmale, in: Festschrift für Edmund Mezger, München und Berlin, 1954, S. 183 ff.

WELZEL, HANS, Das deutsche Strafrecht - Eine systematische Darstellung, Berlin, 4. Aufl. 1954, 6. Aufl. 1958,10. Aufl. 1967 (Wenn nichts anderes angegeben ist, wird die 10. Aufl. zitiert)

- Studien zum System des Strafrechts, in: ZStW 58 (1939), 491 ff.
- Anmerkung zu BGHSt 2, 194, in: JZ 1952, 34o ff.
- Anmerkung zu BGHSt 3, 1o5, 194, in: JZ 1952, 596 ff.
- Der Irrtum über die Amtspflicht, in: JZ 1952, 2o8 f.
- Der Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung, in: JZ 1952, 19 f.
- Der Irrtum über die Zuständigkeit einer Behörde, in: JZ 1952, 133 ff.
- Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtums vom Verbotsirrtum, in: MDR 1952, 584 ff.
- Anmerkung zu BGHSt 3, 248, in: JZ 1953, 119 ff.
- Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem, in: ZStW 67 (1955), 196 ff.
- Der übergesetzliche Notstand und die Irrtumsproblematik, in: JZ 1955, 142 ff.

- Diskussionsbemerkungen zum Thema "Die Irrtumsregelung im Entwurf", in: ZStW 76 (1964), 619 ff.
- Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 1oo Jahre und die finale Handlungslehre, in: JuS 1966, 421 ff.

WOLFF, HANS JULIUS, Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, Studium Generale 1952 (5. Jahrgang), S. 195 ff.

ZIMMERL, LEOPOLD, Zur Lehre vom Tatbestand, Breslau, 1928

E i n l e i t u n g

Der Streit um die Stellung der Rechtfertigungsgründe im Verbrechensaufbau ist leiser geworden. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund ist nicht mehr, wie etwa vor 1o bis 15 Jahren, Gegenstand heftiger Auseinandersetzung. Dies hat aber nicht seinen Grund darin, daß sich nunmehr eine herrschende Meinung gebildet hat, daß eine Theorie die andere überzeugen konnte. Im Gegenteil, die streitenden Theorien - die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen (LvdnT), die die Rechtfertigungsgründe mit negativem Vorzeichen in den Tatbestand aufnimmt und die irrige Annahme der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes als Tatbestandsirrtum behandelt, und die Gegenmeinung, die die Rechtfertigungsgründe zur Rechtswidrigkeit zählt und den Irrtum über sie als Verbotsirrtum ansieht - stehen sich weiter unversöhnlich und teilweise auch unverstanden gegenüber. Die Fronten sind erstarrt, man ist zum Stellungskrieg übergegangen [1]. Lediglich der Strafgesetz-Entwurf 1962 hat die Diskussion wieder etwas angefacht, aber nicht weil er sich für eine von beiden Theorien entschieden hätte, sondern weil er versucht hat, den festgefahrenen Streit zu umgehen und unbeschwert von dogmatischen Skrupeln eine das Gerechtigkeitsgefühl befriedigende, neutrale Lösung zu bieten.

Im Lager derer, die die Rechtfertigungsgründe nicht im Rahmen des Tatbestands, sondern erst bei der Rechtswidrigkeit prüfen, hat sich Hans Joachim H i r s c h ausführlich mit der LvdnT beschäftigt [2]. Aber auch er hat ein abschließendes Wort nicht sprechen können. Mißverständnisse bestehen fort, gefühlsmäßige Vorurteile erschweren weiter eine Klärung der Streitpunkte. Es scheint daher gerechtfertigt, das Thema erneut aufzugreifen. Zwar wird auch diese Arbeit den Theorienstreit nicht aus der Welt schaffen können, aber vielleicht ist doch eine Beseitigung von Verständigungsschwierigkeiten und eine gewisse Annäherung der Standpunkte möglich.

---

1) Arthur Kaufmann, ZStW 76, 543
2) "Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund", 196o

Die vorliegende Untersuchung geht nicht von der Irrtumsproblematik aus. Die Frage, ob der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund Tatbestands- oder Verbotsirrtum ist, interessiert zunächst nicht. Der Streit zwischen Schuld- und Vorsatztheorie, ob der Vorsatz ein Bewußtsein der Rechtswidrigkeit erfordert, wird nur am Rande berührt werden.

Ausgangspunkt sollen Tatbestand und Rechtswidrigkeit sein. Denn die Frage nach dem Standort der Rechtfertigungsgründe ist zu allererst eine Frage nach dem Wesen von Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Rechtfertigung und deren Verhältnis zueinander. Der Verbrechensaufbau, Bedeutung und Aufgabe der Dreiteilung des Verbrechens in Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld müssen neu durchdacht werden. Wie der Irrtum über Rechtfertigungsgründe zu behandeln ist, wird sich dann als Ergebnis dieser Untersuchung zeigen.

Zunächst soll in groben Zügen die Dogmengeschichte des Verhältnisses von Tatbestand und Rechtswidrigkeit unter besonderer Berücksichtigung der LvdnT dargelegt und die Wandlung des Tatbestandsbegriffs verfolgt werden. Dabei werden nur die wichtigsten Stimmen zu Wort kommen.[3] Dieser Überblick wird die Grundlage der folgenden Untersuchung bilden.

---

3) Ausführliche Dogmengeschichte bei Schweikert, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957

I. Die Entwicklung des Verhältnisses von Tatbestand und Rechtswidrigkeit

1. Die Tatbestandslehre Belings

Die Dreigliederung des Verbrechens in Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld, die die gesamte moderne Strafrechtsdogmatik beherrscht hat und auch heute noch überwiegend anerkannt und insbesondere in der Praxis üblich ist, geht auf Beling zurück. Zwar war die Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld schon vor ihm längst bekannt, aber erst Beling wies 1906 in seiner "Lehre vom Verbrechen" auf die große Bedeutung des Tatbestands als Verbrechensgrundbegriff, als erste Stufe im Verbrechensaufbau hin [1].

a) Der Verbrechensaufbau vor Beling

Vor Beling gliederten schon Luden [2] und von Liszt [3] das Verbrechen in Handlung, Rechtswidrigkeit und Schuld. Unter Tatbestand verstand man aber damals nicht ein selbständiges Verbrechenselement, sondern das Verbrechen in der Gesamtheit seiner Voraussetzungen. Dieser Tatbestand im weiteren Sinn wurde geschieden in den allgemeinen Tatbestand, der die allen Deliktsarten gemeinsamen Merkmale umfaßte - etwa Handlung, Rechtswidrigkeit und Schuld -, und den besonderen Tatbestand, der die den einzelnen Deliktsarten eigentümlichen Merkmale umfing. Weiter unterschied man zwischen dem objektiven und dem subjektiven Tatbestand [4]. Der objektive,

---

1) Vgl. zu Beling Plate, Ernst Beling als Strafrechtsdogmatiker, 1966
2) Über den Thatbestand des Verbrechens nach gemeinem teutschen Rechte, 1840, S. 110
3) Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14./15. Aufl. 1905, S. 116 f.
4) Vgl. Adolf Merkel, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1889, S. 34; Liszt, aaO S. 117; Frank, StGB 3./4. Aufl. 1903, § 51 Vorbem. I, S. 82; 5./7. Aufl. 1908, § 1 Vorbem. I, S. 10; Löffler, Grünhuts Zeitschrift 20 (1893), S. 774
Vgl. zur Entwicklung des Tatbestandsbegriffs vor Beling Schweikert, aaO S. 7 ff.

besondere Tatbestand kann als Vorläufer von Belings Tatbestandsbegriff angesehen werden. Ja, im wesentlichen deckt er sich sogar mit ihm, da er alle das einzelne Delikt kennzeichnenden objektiven Merkmale enthält, und übt somit auch die Funktion eines Verbrechensgrundbegriffs aus, auch wenn man sich dessen noch nicht recht bewußt war [5]. Diesen engeren Tatbestand, der auch Vorsatzobjekt im Sinne von § 59 StGB ist, meint Löffler [6], wenn er ausführt:"Zum allgemeinen objectiven Thatbestand gehören nur diejenigen Momente, die sich im Geschehen, in der Handlung und deren Erfolg, verkörpern, die der Handlung den Stempel des Verbrecherischen aufdrücken, so daß man sagen kann, ihre schuldhafte Verwirklichung charakterisiert den Thäter als Störer der socialen Ordnung. Es ist Sache sorgfältigster Detailforschung, bei jeder einzelnen Vorschrift zu finden, ob sie den Thatbestand des Verbrechens betrifft oder nicht."

b) Belings ältere Auffassung

Der Tatbestand ist für Beling "Grund- und Eckstein" der Strafrechtsdogmatik [7], "der Mittelpunkt des Verbrechensbegriffs, um den herum sich die übrigen Verbrechensmerkmale gruppieren" [8]. Er ist der Inbegriff der Merkmale, aus denen sich ergibt, um welches Verbrechen es sich typisch handelt [9] und besteht aus rein objektiven Merkmalen [10]. Durch den Tatbestand "werden aus der bunten Fülle der Lebensvorgänge die charakteristischen Figuren herausgehoben, Lebensvorgänge bestimmter Art, außerhalb deren strafrechtliche Folgen undenkbar sind" [11].

Der Tatbestand ist ein "reiner Begriff ohne selbständige Bedeutung", der für alle Verbrechensarten in Betracht kommt und aus den einzelnen Tatbeständen "den Inbegriffen der Merkmale der einzelnen Verbrechensarttypen mittels Abstraktion" gewonnen wird. Er ist "die begriffliche Einheit, in die die Vielheit der einzelnen Tatbestände zusammengefaßt wird" [12]. Konkret ist nach Beling erst die tatbestandsmäßige Handlung,

---

5) Dies übersehen Hirsch, aaO S. 23 f., 38 ff. und Schweikert, aaO S. 12 Anm. 42
6) aaO
7) Die Lehre vom Verbrechen, 1906, Vorwort, S. V
8) aaO S. 110
9) aaO S. 3
10) aaO S. 178
11) aaO S. 110
12) aaO S. 111

die Tatbestandsverwirklichung [13]. Die Tatbestandsmerkmale sind Begriffe, die Tatumstände demgegenüber konkrete, reale Tatsachen [14].

Tatbestand und Rechtswidrigkeit werden scharf voneinander getrennt, der Tatbestand steht "auf streng neutralem Boden". Er ist rein deskriptiv, d.h. er enthält kein Werturteil. Eine Wertung findet erst auf der Stufe der Rechtswidrigkeit statt [15]. Rechtswidrigkeit bedeutet in Anlehnung an Binding Normwidrigkeit, da den Strafgesetzen Normen (Imperative) zugrundeliegen, die sich in der Gesamtrechtsordnung finden [16]. Die Rechtswidrigkeit oder Normwidrigkeit wird streng formal betrachtet [17]. Eine materielle Rechtswidrigkeit oder Sozialschädlichkeit spielt keine Rolle [18].

Da der Tatbestand wertfrei ist, ist die einen Verbrechenstypus erfüllende, tatbestandsmäßige Handlung nicht "an sich rechtswidrig". Es gibt jedoch nach Beling Tatbestände, deren Verwirklichung in der Regel rechtswidrig ist [19]. Bei Strafgesetzen ohne ausdrückliche Hervorhebung der Rechtswidrigkeit ist die Strafbarkeit Indiz für die Normwidrigkeit [2o]. Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit, die zwei sich schneidenden Kreisen vergleichbar sind [21], bleiben aber zwei begrifflich verschiedene Eigenschaften der strafbaren Handlung. Ihre Momente liegen "logisch nur nebeneinander, ohne sich innerlich zu verquicken", auch wenn sie im Einzelfall kongruent wären [22]. Dennoch kennt Beling Verbrechenstypen, die ein einzelnes Element der Rechtswidrigkeit in sich aufgenommen haben [23] - so z.B. der Widerstand gegen die Staatsgewalt (§ 113 StGB), wo die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung Tatbestandsmerkmal ist, oder Delikte, die an außerstrafrechtliche Begriffe anknüpfen

---

13) aaO S. 111
14) aaO S. 112, 321 f.
15) aaO S. 112, 147
16) aaO S. 122 ff.
17) aaO S. 136
18) aaO S. 32 f., 137
19) aaO S. 147
2o) aaO S. 163
21) aaO S. 146
22) aaO S. 151
23) aaO S. 156 ff.

(z.B. "fremd,Berechtigter, Pfandrecht"). Hier ist mit der Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit "schon ein Teil des Rechtswidrigkeitsproblems implicite erledigt". Trotzdem kann die Rechtswidrigkeit noch ausgeschlossen sein [24].

Da die Erfüllung der Merkmale des Verbrechenstyps die Rechtswidrigkeit nicht notwendigerweise zur Folge hat, braucht Beling besondere Rechtswidrigkeitsvoraussetzungen. Nach Beling gibt es daher Verbrechenstypen, bei denen sich die Rechtswidrigkeit auf positive, außerhalb des Tatbestands liegende Umstände gründet, nämlich immer, wenn im Strafgesetz die Rechtswidrigkeit besonders hervorgehoben ist. Bei den Strafgesetzen, wo dies nicht der Fall ist, wo die Rechtswidrigkeit indiziert wird, kann sich trotz Tatbestandsmäßigkeit das Fehlen der Rechtswidrigkeit aus negativen Rechtswidrigkeitsvoraussetzungen ergeben [25]. Diese negativen Rechtswidrigkeitsmerkmale, die Beling von negativen Merkmalen der Verbrechenstyps ausdrücklich unterscheidet, sind die "Unrechtsausschliessungsgründe", die entweder R e c h t f e r t i g u n g s g r ü n d e sind, die die Handlung zur rechtmäßigen machen, oder "s c h l i c h t e U n r e c h t s a u s s c h l i e ß u n g s g r ü n d e", bei denen kein Recht zum Handeln vorliegt, sondern die Handlung nur rechtlich irrelevant ist [26]. Die LvdnT wird daher von Beling abgelehnt. Die Rechtfertigungsgründe liegen "ebenso sehr außerhalb des Tatbestands, wie innerhalb der Norm". Ihre Anwendung setzt gerade voraus, "daß am Tatbestande gar nichts mehr fehlt" [27].

Beling betrachtet die Schuld als Spiegelbild von Tatbestand und Rechtswidrigkeit. Daher muß die Schuld den Tatbestandsvorsatz und das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit umfassen [28]. Die objektiven Merkmale, auf die sich der Vorsatz nicht zu beziehen braucht, sind Strafdrohungsbedingungen, die nicht zum Tatbestand gehören [29].

---

24) aaO S. 157
25) aaO S. 164
26) aaO S. 168; Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl. 1930, S. 14
27) Lehre vom Verbrechen, S. 166
28) aaO S. 179 ff.
29) aaO S. 51 ff., 58 f., 201

c) Belings abgewandelte Tatbestandslehre

Unter dem Einfluß der weiteren Entwicklung des Tatbestandsbegriffs, insbesondere der Lehre vom Tatbestand als typisierter Rechtswidrigkeit, wandelte Beling seine Lehre ab und entwickelte den Begriff des D e l i k t s t y p u s [30]. Das Strafrecht besteht aus einem Katalog von bestimmten Deliktstypen, die aus dem Gesamtbereich des schuldhaften Unrechts herausgeschnitten sind [31]. Der Deliktstypus besteht aus dem objektiven Unrechtstypus, der das rechtswidrige Verhalten umfaßt, und dem subjektiven Schuldtypus. Er ist ein "Normativgebilde", also nicht wertindifferent [32]. Auch die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit sind in ihm enthalten [33].

Aber auch der Deliktstypus ist nach Meinung von Beling nicht in der Lage, aus sich heraus abschließend anzugeben, was rechtswidrig ist. Dem Gesetzgeber ist es nicht möglich, "die Typenbildung so zu vollziehen, daß die von den Typen erfaßten Verhaltensweisen restlos in den Bereich des Unrechts fielen: jeder Typus, geschaffen zu dem Zwecke, um als Unrechtstypus verwendet zu werden, eröffnet ein Vorstellungsbild, das in seiner Eigenschaft als 'Typus' in die beiden Rechtshälften, das Rechtswidrige und das Nichtrechtswidrige, hineinragt". Das überträgt sich auf die gesetzlichen Tatbestände, die daher nicht Unrechtstypen in dem Sinne sein können, "daß mit der Bejahung ihres Verwirklichtseins schon die Rechtswidrigkeit mitbejaht wäre" [34]. Die Lehre vom Tatbestand als typisierter Rechtswidrigkeit wird daher abgelehnt.

Hinter jedem Deliktstypus steht ein einheitliches Vorstellungsbild, das als "L e i t b i l d" den Unrechts- und Schuldtypus gemeinsam beherrscht und die Einheit des Deliktstypus begründet [35]. Jeder Deliktstypus "ist auf einen solchen Grundton abgestimmt, der in den Typusmerkmalen so oder so anklingt" [36]. Dieses Leitbild entspricht dem

---

30) "Die Lehre vom Tatbestand", "Grundzüge des Strafrechts", beide 1930
31) Grundzüge, S. 21
32) LvTB, S. 2 f.; Grundzüge, S. 24
33) LvTB, S. 4, 19
34) Grundzüge, S. 30 f.
35) Grundzüge, S. 24 f.
36) LvTB, S. 3

Tatbestand nach Belings früherer Auffassung. Er ist der gesetzliche Tatbestand im Sinne von § 59 StGB, dessen Merkmale zugleich objektiv und subjektiv vorliegen müssen [37]. Er ist rein beschreibender Natur und sagt über die Frage der Rechtswidrigkeit nichts aus [38]. Der Tatbestand ist nicht Bestandteil des Deliktstypus, sondern ein abstraktes, gedankliches Gebilde, das dem Deliktstypus "regulativ, verständnisbedingend, ... logisch vorgelagert" ist. Lediglich die das Leitbild verwirklichende Handlung, die Tatbestandsmäßigkeit der Handlung, ist Bestandteil des Deliktstypus [39]. Der Begriff des gesetzlichen Tatbestands ist eine inhaltsleere Kategorie, deren Inhalt von einem bestimmten Deliktstypus abhängig ist [4o].

Die normativen Begriffe "fremd", "eigen", "Rechtmäßigkeit der Amtsausübung" haben nur eine beschreibende Funktion. Beling meint damit, daß die Frage nach der Rechtswidrigkeit der Handlung durch sie noch nicht beantwortet wird. Sie verengen nur den Raum, auf dem das Rechtswidrigkeitsproblem auftaucht [41].

Der Tatbestand ist aus Belings Verbrechensdefinition ausgeschieden. Das Verbrechen ist "typisch rechtswidrige und entsprechend schuldhafte Handlung"[42].

Trotzdem ist Belings Tatbestandsbegriff im Grunde genommen derselbe geblieben. Auf ein wertfreies Leitbild reduziert,hat er keinen Zusammenhang mit der Rechtswidrigkeit und kann nicht Grundlage für das Rechtswidrigkeitsurteil sein. Wieso ein Verhalten rechtswidrig ist, vermag er nicht zu sagen. Ebenso ist der Unrechtstypus für diese Funktion untauglich. Er ist zwar nicht wertfrei und umfaßt auch das Rechtswidrigkeitsurteil, kann aber nicht aus sich selbst heraus alle Voraussetzungen dieses Urteils angeben. Der Deliktstypus als Verkörperung des typischen schuldhaften Unrechts ist eine Verlegenheitslösung, da Belings Tatbestandsbegriff wegen der Ausscheidung aller subjektiven und normativen,

---

37) Grundzüge, S. 25
38) Grundzüge, S. 31
39) LvTB, S. 4
4o) LvTB, S. 5
41) LvTB, S. 1o; Grundzüge, S. 31
42) LvTB, S. 19; Grundzüge, S. 7o

unwertgetränkten Merkmale zur Individualisierung des Verbrechens nicht ausreichte [43]. Zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit klafft bei Beling eine Lücke, die nur mit Hilfe der Gesamtrechtsordnung geschlossen werden kann. Beling muß von außen her positiv oder negativ die Rechtswidrigkeit begründen [44].

d) Die Fortführung von Belings Tatbestandslehre durch Max Ernst Mayer

M.E. Mayers Tatbestandslehre in seinem Lehrbuch aus dem Jahre 1915 stimmt mit Beling im wesentlichen überein. Den gesetzlichen Tatbeständen, die den ersten Teil der Strafrechtssätze bilden, liegen nach seiner Auffassung K u l t u r n o r m e n zugrunde. Diese Kulturnormen sind Gebote und Verbote, mit deren Hilfe die Gesellschaft das ihrem Interesse entsprechende Verhalten fordert. Rechtswidrigkeit ist Kulturnormwidrigkeit [45]. M.E. Mayer entwickelt damit die Normentheorie Bindings weiter. Darauf wird später noch eingegangen werden. Hier genügt es festzustellen, daß nach M.E. Mayer der Tatbestand r a t i o c o g n i t i o n i s , d.h. Erkenntnisgrund dafür ist, welche Kulturnorm vom Gesetzgeber anerkannt wurde und in welchem Umfang dies geschehen ist [46].

M.E. Mayer trennt scharf zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit. Der Tatbestand enthält in der Regel kein Werturteil über die Tat, sondern nur deskriptive, sinnlich wahrnehmbare Merkmale [47]. Er ist wichtigstes Indiz für das Werturteil der Rechtswidrigkeit . Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit verhalten sich wie Rauch und Feuer [48].

M.E. Mayer befaßt sich als erster eingehend mit den normativen Merkmalen [49]. Sie haben eine Doppelstellung: Sie sind unechte Tatbestands- und echte Rechtswidrigkeitselemente. Sie haben wertbestimmende Bedeutung,

---

43) Vgl. Schweikert, aaO S. 77
44) Grundzüge, S. 13
45) Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, S. 42
46) aaO S. 52
47) aaO S. 7 ff., 183
48) aaO S. 1o, 52
49) aaO S. 182 ff.

"ihre Verwirklichung findet nicht in der Außenwelt, sondern ausschließlich in der Rechtswelt statt" [5o]. Obwohl sie mit dem Tatbestand eng verbunden sind und auch vom Gesetz in § 59 StGB als Tatumstände angesehen werden, sind sie nicht ratio cognitionis, sondern ratio essendi (Seinsgrund), Bestandteil der Rechtswidrigkeit. Sie zeigen die Rechtswidrigkeit nicht an, sondern begründen sie. Im Gegensatz zu Beling, der alles Subjektive zur Schuld rechnete, kennt M.E. Mayer auch subjektive Unrechtselemente, die aber nicht zum Tatbestand, sondern zur Rechtswidrigkeit gehören sollen [51].

Die Rechtfertigungsgründe stehen der Annahme entgegen, "der Täter habe bei der Erfüllung eines gesetzlichen Tatbestands eine Rechtspflicht (Rechtsnorm) verletzt". Sie gehören nicht in den Tatbestand, sondern vereiteln seine ratio cognitionis [52]. § 59 StGB ist beim Irrtum über die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes nicht anzuwenden. Nur bei unvermeidbar fehlendem Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit ist der Vorsatz ausgeschlossen [53].

2. Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen

a) Baumgarten

Schon M e r k e l hatte die Rechtfertigungsgründe - "Verhältnisse, deren Nichtvorliegen zum gesetzlichen Thatbestand gehört" - als negative Tatbestandsmerkmale angesehen [54]. Ebenso zählte sie L ö f f l e r zum allgemeinen objektiven Tatbestand, da sie den rechtlichen Charakter der Handlung selbst ändern [55]. B a u m g a r t e n ist jedoch der erste Anhänger der LvdnT, der ausgehend von einem modernen Tatbestandsbegriff das Verhältnis von Tatbestand und Rechtfertigungsgründen gründlicher untersucht [56].

5o) aaO S. 183
51) aaO S. 185 ff.
52) aaO S. 27o
53) aaO S. 319 ff.
54) aaO S. 82
55) aaO S. 775
56) "Der Aufbau der Verbrechenslehre", 1913 und "Die Verbrechensformel", Schw ZStR 34 (1921). Zur Diskussion über die LvdnT vor Beling ausführlich Hirsch, aaO S. 21 ff., der jedoch verkennt, daß schon damals innerhalb des Tatbestands im weiteren Sinne differenziert wurde und daß der objektive besondere Tatbestand dem Tatbestand Belings ähnlich ist.

Der Tatbestand ist für Baumgarten ein systematischer, "d.h. der Systembildung dienender Begriff" [57]. Baumgarten setzt den Tatbestand in Beziehung zum Vorsatz und bestimmt vom Vorsatz her, was Tatbestandsmerkmal ist. Tatbestand ist der äußere Zustand, auf dessen Verwirklichung sich der Wille richten muß, um das erforderliche Schuldmaß aufzuweisen [58]. Baumgarten faßt die Rechtfertigungsgründe als negative Tatbestandsmerkmale auf, weil für ihn der Glaube, daß sie nicht vorliegen, zum verbrecherischen Vorsatz gehört. Wer irrtümlich eine rechtfertigende Situation annimmt, entbehrt des verbrecherischen Wollens [59]. Daß der Gesetzgeber die Rechtfertigungsgründe nicht von vornherein den Strafbestimmungen einverleibt, sondern selbständig formuliert hat, beruht auf gesetzestechnischen Erwägungen. Jeder Ausschlußgrund läßt sich in einen Entstehungsgrund umwandeln. Der Begriff des Ausschlußgrundes bedeutet nicht, daß etwas Entstandenes wieder vernichtet werden soll, sondern er stellt eine Ausnahme von der Regel dar. Etwas, was im Regelfall entsteht, entsteht ausnahmsweise nicht [6o].

Gehören die Rechtfertigungsgründe als negative Merkmale zum Tatbestand, so bleibt im Verbrechenssystem für die Rechtswidrigkeit als selbständiges Merkmal nichts mehr übrig [61]. Tatbestand und Rechtswidrigkeit hängen eng miteinander zusammen. Der Tatbestand bedeutet rechtswidriges Verhalten [62]. Die Rechtswidrigkeit verliert ihre dominierende Stellung im Verbrechenssystem und wird zum Tatbestandsmerkmal, was sich nach Baumgarten schon daraus ergibt, daß zum Vorsatz das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit erforderlich ist [63]. Dem System Belings wirft Baumgarten

---

57) Verbrechensformel, S. 81
58) Verbrechensformel, S. 71, 91; vgl. Aufbau, S. 179
59) Aufbau, S. 183
6o) Aufbau, S. 86 f.; ähnlich Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 19o7, S. 535
61) Aufbau, S. 234 f.
62) Verbrechensformel, S. 81
63) Aufbau, S. 179, 214. Auch Binding betrachtet die Rechtswidrigkeit als Tatbestandsmerkmal. Sein "objektiver Verbrechenstatbestand" ist im Gegensatz zu Beling Willensverwirklichung unter rechtlicher Mißbilligung (GS 76, 1o f.). Die LvdnT wird jedoch scharf abgelehnt (Normen III, 1918, S. 3o6 ff.). Sie ist für Binding überflüssig.

mangelnde Eleganz vor, da es die gleichen Tatbestandsmerkmale zweimal prüfen muß, erst im Rahmen der Tatbestandsmäßigkeit und dann zur Feststellung der Rechtswidrigkeit [64].

Nach Baumgarten enthält der Tatbestand also sämtliche Voraussetzungen, die notwendig sind, um das Rechtswidrigkeitsurteil zu begründen. Er trennt jedoch nicht scharf genug zwischen dem, was beurteilt wird, und dem Urteil selbst. Auch ist seine Methode, den Tatbestand vom Vorsatz her zu bestimmen, zumindest einseitig. Der Tatbestand ist mehr als nur Vorsatzgegenstand.

b) Frank

Frank unterscheidet noch 1931 in der 18. Auflage seines Kommentars im Sinne der Tatbestandslehre vor Beling zwischen allgemeinem und besonderem Tatbestand. "Der gesetzliche Tatbestand des Verbrechens" umfängt alle Merkmale des mit Strafe bedrohten Verhaltens. Er besteht aus dem "a l l g e m e i n e n Tatbestand", der für alle Verbrechen gilt und in den einzelnen Strafbestimmungen stets vorausgesetzt ist, und dem "b e s o n d e r e n Tatbestand", der den einzelnen Verbrechensarten eigentümlich ist und sie voneinander unterscheidet [65]. Der allgemeine Tatbestand enthält die Merkmale menschliches, gewolltes und schuldhaftes Verhalten [66]. Der besondere Tatbestand ist für Frank der Tatbestand im Sinne Belings [67].

Im Gegensatz zu Beling sieht Frank aber unter dem Einfluß Mezgers die Tatbestandsmäßigkeit, "d.h. der Umstand, daß sich die Handlung der Strafdrohung unterordnen läßt", als "ratio essendi" der Rechtswidrigkeit an [68]. Die Rechtswidrigkeit ist nicht Merkmal des allgemeinen Tatbestands, sondern eine Eigenschaft der Merkmale des besonderen Tatbestands oder das Ergebnis des über die Tatbestandsmerkmale gefällten Urteils, da mit der Erfüllung des besonderen Tatbestands (unter Vorbehalt von Ausnahmen) die Rechtswidrigkeit von selbst gegeben ist [69].

---

64) Aufbau, S. 219
65) aaO Anm. III vor § 1, S. 4
66) aaO S. 4 f.
67) aaO S. 5
68) aaO Anm. I vor § 1, S. 2
69) aaO Anm. III vor § 1, S. 5

Die Rechtfertigungsgründe, "die der regelmäßig vorhandenen Rechtswidrigkeit des tatbestandsmäßigen Verhaltens entgegen stehen" und das in der Strafdrohung ausgesprochene Verbot aufheben, sind negative Tatbestandsmerkmale [70]. Bei der irrtümlichen Annahme eines Rechtfertigungsgrundes unterscheidet Frank zwischen Tat- und Rechtsirrtum. Ein tatsächlicher Irrtum, die irrige Annahme von Tatumständen, schließt den Vorsatz stets aus, ein Rechtsirrtum, ein Irrtum über Rechtssätze, nur dann, wenn er entschuldbar ist. Aber auch wenn man den Begriff des negativen Tatbestandsmerkmals ablehnt, muß nach Frank das Ergebnis bei der Irrtumsbehandlung das gleiche sein, "weil logischerweise der irrtümlichen Unkenntnis von Tatumständen, welche die Rechtswidrigkeit begründen, die irrtümliche Annahme solcher gleichsteht, die sie ausschließen" [71].

Die Ausführungen Franks über den Tatbestand zeigen, wie schwer es ihm fiel, sich von dem überholten Tatbestandsbegriff der alten Lehre zu lösen. Man wird jedoch seinem Tatbestandsbegriff nicht gerecht, wenn man meint, daß er unter Tatbestand stets den Tatbestand im weiteren Sinn, die Verkörperung sämtlicher Voraussetzungen des Verbrechens, verstanden habe [72]. Zwar ist seine Terminologie stellenweise unklar, doch ist es offensichtlich, daß Franks besonderer Tatbestand ein moderner Tatbestandsbegriff ist.

c) Radbruch

In seinem Aufsatz "Zur Systematik der Verbrechenslehre" aus dem Jahre 1930 [73] hat sich Radbruch zur LvdnT bekannt. Radbruch untersucht als erster das Verhältnis von positiven und negativen Tatbestandsmerkmalen genauer. Er unterscheidet allgemeine negative Merkmale - die Rechtfertigungsgründe - und besondere negative Merkmale, die sich in den einzelnen Strafbestimmungen finden - wie der Begriff "unbescholten" in § 182 StGB. Zwischen beiden Gruppen bestehen nur redaktionelle Unterschiede, die keine verschiedene praktische Behandlung oder theoretische

---

70) aaO Anm. III vor § 51, S. 139; vgl. "Über den Aufbau des Schuldbegriffs", S. 536; zu Franks früheren Argumenten zur LvdnT siehe Hirsch, aaO S. 41 f., 44 ff., 70 ff.
71) aaO § 59 Anm. III 2, S. 187 f.
72) so Hirsch, aaO S. 42
73) in Frank-Festgabe, Bd. I, 1930

Kennzeichnung zulassen. Die negativen Merkmale haben den Vorteil, daß sie infolge der Zulässigkeit der Analogie zugunsten des Angeklagten elastisch und erweiterungsfähig sind, während die positiven Merkmale wegen § 2 StGB starr und ausdehnungsunfähig sind [74].

Die besondere Bedeutung der negativen Merkmale zeigt sich nach Radbruch aber auf der Vorsatzseite. Wäre bei ihnen die positive Annahme ihrer Abwesenheit erforderlich, so würde erst bei Kenntnis vom Fehlen sämtlicher existierender Rechtfertigungsgründe Vorsatz vorliegen, wie der LvdnT als "Monstrosität" vorgeworfen wird [75]. Eine derartige Auffassung würde aber mit den Worten von Radbruch "die negativen Tatbestandsmerkmale in positive Tatbestandsmerkmale mit negativem Inhalt verkehren, die Abwesenheit eines Tatumstands in den Tatumstand seiner Abwesenheit verwandeln". Das Verhältnis zwischen Vorsatz und positiven Merkmalen einerseits und negativen Merkmalen andererseits ist nicht gleich, sondern nur entsprechend. Wie bei positiven Merkmalen für den Vorsatz die Annahme ihres Vorliegens, so ist bei negativen Merkmalen die Nichtannahme ihres Vorliegens erforderlich. Oder umgekehrt, wie die Nichtannahme eines positiven Merkmals, so schließt die Annahme eines negativen Merkmals den Vorsatz aus [76].

Wenn beim Vorliegen der positiven und beim Fehlen der negativen Tatumstände die Tatbestandsmäßigkeit gegeben ist, so ergibt sich daraus notwendigerweise zugleich die Rechtswidrigkeit. "Die Rechtswidrigkeit bleibt also zwar eine notwendige Eigenschaft jedes Verbrechens, hört aber auf, neben der Tatbestandsmäßigkeit ein besonderes Erfordernis des Verbrechens und damit in diesem Sinne ein Verbrechensmerkmal zu sein." An die Stelle der Unterscheidung Tatbestandsmäßigkeit - Rechtswidrigkeit tritt die wahre, wissenschaftliche Zweiteilung der objektiven Verbrechensmerkmale in deskriptive und normative, die jedoch nach Radbruch praktisch nicht durchführbar ist, da alle Tatbestandsmerkmale zugleich deskriptiv und normativ sind. Für die didaktische Darstellung will Radbruch daher bei der alten Zweiteilung bleiben und in der Tatbestandsmäßigkeit auch die normativen, in der Rechtswidrigkeit die negativen Merkmale behandeln [77].

---

74) aaO S. 165
75) u.a. Welzel, MDR 1952, 585 Anm. 5; ZStW 67, 210
76) aaO S. 164
77) aaO S. 165 ff.

3. Die Lehre vom Tatbestand als typisierter Rechtswidrigkeit

a) Hegler

Mit Hegler beginnt 1915 eine neue Sicht auf das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit. Schon Baumgarten hatte dem formalen Tatbestandsbegriff Belings einen materialen Tatbestand gegenübergestellt, der sämtliche Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit enthielt. Er hatte den Tatbestand aber vom Vorsatz her bestimmt und damit das Problem gleichsam von hinten aufgerollt. Hegler geht nunmehr vom Tatbestand selbst aus und betrachtet ihn nach t e l e o l o g i s c h e n Gesichtspunkten. Im Sinne der "Interessenjurisprudenz" fragt er nach dem Zweck der Strafgesetze [78]. Verbrechen werden von der Rechtsordnung mißbilligt, weil sie als gesellschaftsschädliche Verletzungen der Interessen der im Staat organisierten Gesellschaft angesehen werden [79]. Die Verbrechenstatbestände in den einzelnen Strafgesetzen haben als "Deliktsbeschreibungen" die Aufgabe, die regelmäßig vorliegende Gesellschaftsschädlichkeit, bzw. die an ihre Stelle tretende Rechtswidrigkeit, anzuzeigen. Obwohl nicht alles Tatbestandsmäßige rechtswidrig ist, darf der Tatbestand nicht als wertfrei von der Rechtswidrigkeit getrennt werden. Die Rechtfertigungsgründe gehören nach Hegler nicht zum Tatbestand. Sie spielen aber für die Frage, ob ein Verhalten gesellschaftsschädlich ist, auch eine Rolle [8o], "sie durchkreuzen den Schluß aus der Verbrechensbeschreibung" [81].

b) Sauer

Die gleiche Betrachtungsweise findet sich bei Sauer. Ausgehend vom "Neukantianismus" der "Südwestdeutschen Schule" [82] begreift Sauer das Wesen des Verbrechens aus dem Dualismus von Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert [83].

---

78) Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915), S. 2o ff.
79) aaO S. 31
8o) aaO S. 35 f.
81) aaO S. 2o6 Anm. 91
82) Vgl. dazu Schweikert, aaO S. 52 ff.
83) Grundlagen des Strafrechts, 1. Aufl. 1921, S. 24 f., 36 f.

Im Verbrechensaufbau stehen sich Objekt der Wertung und Wertung des Objekts gegenüber. Rechtswidrigkeit und Schuld sind Wertungen des menschlichen Verhaltens [84]. Die Rechtswidrigkeit ergibt sich materiell aus der Schädlichkeit eines Verhaltens für die Gemeinschaft. "Rechtswidrig ist ein Verhalten, das nach seiner allgemeinen Tendenz dem Staate und seinen Gliedern mehr schadet als nützt" [85]. Formelle Rechtswidrigkeit ist Tatbestandsmäßigkeit beim Fehlen von Rechtfertigungsgründen [86]. Die Rechtswidrigkeit ist logische Voraussetzung des Tatbestands [87]. Denn der Tatbestand ist das vergröberte Abbild der materiellen Rechtswidrigkeit, ist "vertypte Rechtswidrigkeit" [88]. Die Tatbestandsmäßigkeit ist Symptom der materiellen Rechtswidrigkeit. Dieses Symptom kann falsch sein, denn die Typisierung ist dem Gesetzgeber nicht vollständig gelungen [89]. Der Gesetzgeber muß generalisierend und schematisierend vorgehen und die individuellen Besonderheiten der dargebotenen Lebenserscheinungen weglassen. Auf Kosten der konkreten Gerechtigkeit schafft er mit Hilfe der typisierenden Tatbestände Rechtssicherheit [90]: Durch die Typen ist der Staatswille leichter erkennbar [91]. Typisierung ist für Sauer etwas, was zwischen der abstrakten Idee und dem konkreten Sachverhalt liegt [92]. So steht auch der Tatbestand in der Mitte zwischen Rechtswidrigkeit und Sachverhalt. "Er ist ein vom Gesetzgeber künstlich geschaffenes Gebilde, um die Subsumtion des Sachverhalts unter die Rechtswidrigkeit zu ermöglichen, jedenfalls zu erleichtern." [93]

Die Rechtfertigungsgründe betrachtet Sauer als negative Ausgestaltungen der materiellen Rechtswidrigkeit [94]. Ihre negative Fassung beruht

---

84) Grundlagen, S. 2o8

85) Grundlagen, S. 286; vgl. "Zur Grundlegung des Rechts und zur Umgrenzung des strafrechtlichen Tatbestands", ZStW 36 (1915), 462

86) Grundlagen, S. 319

87) Grundlagen, S. 34o

88) Grundlagen, S. 3o7, 339; ZStW 36, 463

89) Grundlagen, S. 212 f.

9o) Grundlagen, S. 3o7 f.; vgl. ZStW 36, 463

91) Grundlagen, S. 295

92) Grundlagen, S. 41 f.

93) Grundlagen, S. 3o5

94) Grundlagen, S. 6o6

in erster Linie auf der Erwägung, "daß dieser Weg zu einfacheren, deutlicheren, faßbareren Typen führt als das positive Verfahren". Sachliche oder systematische Gründe für die Unterscheidung zwischen positiven und negativen Merkmalen sind nicht vorhanden. Die LvdnT wurde von Sauer jedoch abgelehnt [95]. Da Tatbestandsmerkmale und Rechtfertigungsgründe beide typische Ausgestaltungen der materiellen Rechtswidrigkeit sind, werden sie von Sauer in der Irrtumslehre gleich behandelt [96]. Die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit gehören anders als bei Hegler [97] wegen ihrer Beziehung zur Rechtswidrigkeit zum Tatbestand, brauchen aber nicht von der Schuld umfaßt zu werden [98].

Sauer hat seine Lehre in neuerer Zeit weiter ausgebaut. Der Tatbestand ist "nur eine Erscheinungsform des Unrechts, und zwar eine seiner beiden typischen Ausprägungen, nämlich die positive, während die andere, negative, die Rechtfertigungsgründe bildet" [99]. Die Rechtfertigungsgründe sind Ausnahmen, die der Gesetzgeber vor die Klammer zieht, anstatt sie in jeden einzelnen Tatbestand einzubauen. Sauer räumt nunmehr ein, daß die LvdnT mehr im Ausdruck und in der Konstruktion als in der Sache von seiner Auffassung abweicht [100].

Sauer unterscheidet zwischen dem Tatbestand im weiteren Sinn, der die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit umfaßt und Garantietatbestand im Sinne des Grundsatzes "nullum crimen sine lege" ist, und dem Tatbestand im engeren Sinn, der Objekt des Schuldvorwurfs gemäß § 59 StGB ist [101]. Den Tatbestand aber von der Schuld her zu bestimmen, wie es Baumgarten tat, nennt Sauer einen "primitiven Standpunkt" [102]. Vorsatz ist für Sauer die Kenntnis der materialen Rechtswidrigkeit, der Sozialschädlichkeit [103].

---

95) Grundlagen, S. 318 f., 214
96) Grundlagen, S. 606
97) ZStW 36, 223 f.
98) Grundlagen, S. 355
99) Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Aufl. 1955, S. 63
100) aaO S. 58
101) aaO S. 64; Mezger-Festschrift, S. 118; vgl. schon ZStW 36, 464, 468 f.
102) Mezger-Festschrift, S. 123
103) Allgemeine Strafrechtslehre, S. 163, 166; vgl. zum Irrtum S. 172 und JR 1959, 15

Es ist das Verdienst von Hegler und Sauer, dem Tatbestand einen materiellen Inhalt gegeben zu haben. Der Tatbestand ist nicht mehr wie bei Beling und M.E. Mayer ein formales, künstliches Gebilde, das zur Begründung der Rechtswidrigkeit nicht dienen kann, sondern führt wegen seines Unwertgehaltes, seiner typisierten Sozialschädlichkeit zum Rechtswidrigkeitsurteil hin. Der Bruch im Verbrechensaufbau von Beling und M.E. Mayer ist beseitigt. Der Standpunkt der Rechtfertigungsgründe ist aber noch unklar. Obwohl sie auch materielle Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit sind, allerdings mit negativen Vorzeichen, befinden sie sich zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeitsurteil gleichsam im leeren Raum.

c) Mezgers ältere Tatbestandslehre

Die Gedanken von Hegler und Sauer hat Mezger weiter entwickelt [1o4]. "Grundlegende Aufgabe des Rechts ist, ein äußerlich geordnetes Zusammenleben der Rechtsunterworfenen zu gewährleisten." [1o5] Unrecht ist formell Widerspruch gegen eine objektive Bewertungsnorm [1o6], materiell die Verletzung oder Gefährdung menschlicher Lebensinteressen (Rechtsgüter) [1o7].

Mezger unterscheidet zwischen dem Tatbestand der allgemeinen Rechtslehre, dem Allgemeinen und Besonderen Tatbestand im Sinne der herkömmlichen Auffassung und dem Tatbestand im Sinne von § 59 StGB, der der "eigentliche Träger strafrechtlicher Unrechtsbewertung" ist [1o8]. Dieser Tatbestand ist "Ausdruck speziellen, t y p i s i e r t e n U n r e c h t s", ein vom Gesetzgeber geschaffener strafrechtlicher "Unrechtstypus" [1o9]. Die Tatbestandsmäßigkeit ist nicht bloße "ratio cognitionis", sondern "r a t i o e s s e n d i", Geltungs- und Realgrund"

1o4) "Die subjektiven Unrechtselemente", GS 89 (1924), S. 2o7 ff.; "Vom Sinn strafrechtlicher Tatbestände", Festschrift für Traeger, 1926, S. 187 ff.; "Strafrecht. Ein Lehrbuch", 3. Aufl. 1949 (1. Aufl. 1931)
1o5) GS 89, 242
1o6) GS 89, 245 f.; LB, S. 162 ff.
1o7) GS 89, 248; LB, S. 197 f.
1o8) LB, S. 175 f.
1o9) Vom Sinn, S. 19o f.

der Rechtswidrigkeit unter dem Vorbehalt, daß Unrechtsausschließungsgründe fehlen [11o]. Denn der Tatbestand allein ist nur ein vorläufiges Urteil, eine prima facie-Bestimmung [111]. Tatbestand und Rechtfertigungsgründe stehen in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis ohne sachliche Bedeutung. Diese Regel-Ausnahme-Darstellung ist nicht mehr als ein unentbehrliches Hilfsmittel für ein entwickeltes Rechtssystem [112]. Die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit betrachtet Mezger als "Annexe" des Tatbestands. Sie gehören nicht zum Tatbestand selbst, da sie ihrem Wesen nach nicht von der Schuld umfaßt sein müssen [113]. Besonderes Interesse widmet Mezger den subjektiven Unrechtselementen [114] und den normativen Tatbestandsmerkmalen [115].

Abgesehen davon, daß Mezger Anhänger der Vorsatztheorie ist, für die das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum Vorsatz gehört, schließt die irrtümliche Annahme von allen strafausschließenden Tatsachen analog § 59 StGB den Vorsatz aus [116].

d) Mezgers neuere Auffassung

Ähnlich wie Beling änderte Mezger unter dem Einfluß der Weiterentwicklung der Verbrechenslehre seinen Verbrechensaufbau ab und prägte den Begriff des Handlungstatbestands. Die Lehre vom Tatbestand als typisierter Rechtswidrigkeit wird vervollkommnet.

Mezger geht wie Sauer von dem Gegensatz S e i n und S o l l e n , Ontologie und Bewertung aus. Der Gesetzgeber ist an die ontologischen Gegebenheiten gebunden, aber in ihrer normativen Beurteilung frei [117]. Merkmale des Verbrechens sind Handlung, Rechtswidrigkeit und Schuld.

11o) Vom Sinn, S. 195; LB, S. 182 ff. Anders z.B. Eberhard Schmidt, für den der Tatbestand ratio cognitionis der Rechtswidrigkeit ist (Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl. 1932, S. 185)
111) Vom Sinn, S. 191
112) LB, S. 184, 32o
113) LB, S. 177 ff.
114) Vgl. GS 89, 259 f.; Vom Sinn, S. 198 f., 2o6
115) Vgl. Vom Sinn, S. 215 ff.; 224 f.
116) LB, S. 319 f.
117) Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Aufl. 1956, Einleitung I 2, S. 3; "Strafrecht. Ein Studienbuch", Bd. I, 9. Aufl. 196o, § 18 II, S. 48; JZ 1952, 675; NJW 1953, 3

Grundelement des Strafrechts ist die Handlung [118]. Die Handlung ist ein "wirklichkeitsbezogener, ontologischer, seinsgesetzlicher" Begriff. Seine einzelnen Bestandteile werden erst in den attributiven Merkmalen Rechtswidrigkeit und Schuld normativ (sollensgesetzlich) beurteilt [119]. Die Tatbestandsmäßigkeit ist kein selbständiges, substantivisches Verbrechensmerkmal, sondern ein "höchst sinnreiches Hilfsmittel technischer Art", ein adjektivischer Zusatz zu den drei Grundmerkmalen. So unterscheidet Mezger tatbestandliche Handlung, tatbestandliches Unrecht und tatbestandliche Schuld [12o].

Der " H a n d l u n g s t a t b e s t a n d " ist der Inbegriff der Voraussetzungen der strafbaren Handlung [121]. Er ist die "Beschreibung des ontologischen Gesamtbestandes der Handlung in ihren verschiedenen Bestandteilen" [122]. Der Handlungstatbestand enthält alles, was zur Strafbarkeit führt, alle objektiven und subjektiven Merkmale, also auch den finalen Handlungswillen [123]. Er ist typisierte Rechtswidrigkeit und Schuld, aber dem Werturteil von Rechtswidrigkeit und Schuld gegenüber indifferent [124]. Lediglich mit der Bewertung, daß die Handlung strafbar ist, ist er verbunden [125]. Die Werturteile Rechtswidrigkeit und Schuld trennen den Handlungstatbestand in seine Bestandteile [126].

Die Rechtswidrigkeit ist keine ontologische Eigenschaft der Handlung, sondern eine Eigenschaft, die sie erst durch Bewertung von außen empfängt. Sie ist keine Seins-, sondern eine Bewertungskategorie [127]. Die Rechtswidrigkeit ist ein unpersönliches, objektives Urteil über den Widerspruch der Tat zur Rechtsordnung [128]. Mezger lehnt den personalen Unrechtsbegriff Welzels ab [129].

---

118) LK, Einleitung II, S. 6; StB, § 15 A, S. 43
119) StB, § 18 II, S. 48
12o) LK, Einleitung II 5, S. 9; III 2, S. 1o; StB, § 15 A, S. 43
121) StB, § 34 I, S. 96
122) LK, Einleitung II 6, S. 9
123) LK, Einleitung II 5, S. 9; III 2, S. 11; § 59 Anm. I 2, S. 475
124) NJW 1953, 2
125) NJW 1953, 2 Anm. 13
126) LK, Einleitung II 6, S. 9; III 2, S. 11
127) LK, Einleitung III 1, S. 1o
128) StB, § 3o I, S. 85
129) StB, § 32 VIII, S. 93; LK, Einleitung III 1, S. 1o

Der " U n r e c h t s t a t b e s t a n d " ist der Tatbestand im Sinne von § 59 StGB, auf den sich die Schuld beziehen muß [13o]. Er ist gemäß Mezgers früherer Lehre typisierte Rechtswidrigkeit [131]. Er ist gewerteter Tatbestand, Objekt der Wertung und Wertung des Objekts zugleich [132]. Vom Handlungstatbestand auf den Unrechtstatbestand ohne weiteres Bestandteile zu übertragen, ist methodisch unzulässig. So besagt die Zugehörigkeit des Vorsatzes zum Handlungstatbestand nicht, daß er auch zum Unrechtstatbestand gehören muß [133]. Der Unrechtstatbestand hat zwei Bestandteile. Er umfaßt das vertypte Unrecht der einzelnen Strafbestimmung und die Tatbestände der Rechtfertigungsgründe als negative Tatumstände [134]. "Die Rechtswidrigkeit ruht auf zwei Säulen: (1) dem Tatbestand in seiner besonderen Gestalt und (2) dem Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes; das Zerbrechen der einen Säule läßt die andere unberührt, aber es stürzt schon allein damit die Rechtswidrigkeit." [135] Mezger bekennt sich damit ausdrücklich zur LvdnT. Der Unrechtstatbestand entfällt auch dort, wo neben die Verwirklichung des Einzeltatbestandes der Tatbestand eines Unrechtsausschließungsgrundes tritt. Der Scharfrichter "tötet", aber erfüllt nicht den Unrechtstatbestand [136]. "Jeder einzelne Tatbestand enthält die stillschweigende Einschränkung, daß er als Grundlage der Strafbarkeit zurücktritt, wenn besondere Tatumstände vorliegen, die das Unrecht der Tat beseitigen." [137] Die Trennung von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß hat nur technische Bedeutung. Ob die negativen Tatumstände in besondere Paragraphen oder in die einzelnen Tatbestände selbst aufgenommen werden, ist ein sprachlicher Zufall [138]. Gerechtfertigtes Verhalten ist nicht "an sich rechtswidrig" [139].

§ 59 StGB wendet Mezger beim Irrtum über die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes nun direkt an. "Nicht zwischen Tatsachen und

---

13o) LK, Einleitung II 5, S. 9; StB, § 34 I, S. 96
131) LK, Einleitung III 2, S. 11; StB, § 34 II, S. 97; NJW 1953, 2
132) NJW 1953, 3
133) LK, Einleitung II 5, S. 9
134) LK, § 59 Anm. I 2, S. 476
135) StB, § 34 II, S. 97
136) LK, § 59 Anm. I 2, S. 476
137) LK, § 59 Anm. II 11, S. 489; vgl. Einleitung III 3, S. 11; NJW 1953, 6
138) LK, § 59 Anm. II 11, S. 489; StB, § 37 I, S. 111 f.; § 68 III, S. 178; NJW 1953, 6
139) StB, § 37 I, S. 111

rechtlicher Beurteilung und nicht zwischen einzelner Strafbestimmung und allgemeinem Unrechtsausschließungsgrund, sondern zwischen einzelnen Tatumständen und Unrecht der Gesamttat verläuft die für § 59 StGB maßgebende Grenze." [14o] Unklar ist weiter der Platz der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit im Verbrechensaufbau. Sie sollen nach Mezger nicht zum Handlungstatbestand gehören, aber dem Unrechtstatbestand nahestehen [141].

Wie Beling unter dem Einfluß der Lehre vom Tatbestand als verkörperter Rechtswidrigkeit den mit normativem Gehalt gefüllten Begriff des Deliktstypus schuf, so prägt Mezger in Auseinandersetzung mit der finalen Handlungslehre, die den Vorsatz als subjektiven Teil zum Tatbestand zieht, das ontologische Gebilde des Handlungstatbestands, in dem Objektives und Subjektives, die Tatbestandsverwirklichung und der sie begleitende finale Handlungswillen, vereint sind. Obwohl dieser Begriff für den Verbrechensaufbau im Sinne einer praktischen Erfassung strafbarer Handlungen keinen systematischen Wert hat, illustriert er doch gut die Bedeutung des ontologischen Sachverhalts als Grundlage der normativen Beurteilung.

Bei Mezger hat sich gezeigt, daß die Lehre vom Tatbestand als typisierter Rechtswidrigkeit zur LvdnT hinführt. Wenn man der Auffassung ist, daß Tatbestand und Rechtswidrigkeit eng miteinander zusammenhängen, daß der Tatbestand das materielle Unrecht verkörpert, so kommt man nicht umhin, die Rechtfertigungsgründe aus der Rechtswidrigkeit zu lösen und in den Tatbestand einzubeziehen oder diesem wenigstens gleichzustellen. Die Rechtswidrigkeit wird zum reinen Urteil. Der Verbrechensaufbau wird zweistufig. Seine entscheidende Grenze verläuft zwischen Unrechtstatbestand (Tatbestand und Rechtswidrigkeitsurteil) und Schuld (Schuldsachverhalt und Schuldurteil).

14o) LK, § 59 Anm. I 3c, S. 478
141) StB, § 34 I, S. 96; NJW 1953, 2

e) Zimmerl

Im Sinne der Lehre vom Tatbestand als typisierter Rechtswidrigkeit hat sich auch Zimmerl ausgesprochen. Bemerkenswert ist, daß nach Zimmerl der Tatbestand nicht vom Vorsatz her gefaßt werden darf, um seine Aufgabe als grundlegendes Verbrechenselement erfüllen zu können. Ob ein Merkmal zum Unrecht gehört, hat nicht damit zu tun, ob auch die Psyche des Täters dazu in irgendeiner Beziehung gestanden hat. Wer den Tatbestand damit definiert, worauf sich Vorsatz und Fahrlässigkeit erstrecken müssen, gerät in einen Zirkelschluß. Denn nach § 59 StGB muß von Vorsatz oder Fahrlässigkeit umfaßt werden, was zum Tatbestand gehört [142].

Die Unrechtsausschließungsgründe und Rechtfertigungsgründe sind nicht im "besonderen Tatbestand" aufgenommen, weil der Gesetzgeber die Tatbestände durch Abstraktion bildet und besondere Situationen nicht im Auge haben kann, um dem Richter eine praktische Handhabung ermöglichen zu können. Sie sind jedoch als Tatbestandsmerkmale zu behandeln und werden "(nämlich das kontradiktorische Gegenteil der Unrechtsausschließungsgründe) zu ergänzende Tatbestandsmerkmale" genannt. Somit ergibt sich der "allgemeine Tatbestand", der notwendigerweise stets rechtswidrig ist. Die Rechtswidrigkeit wird "sozusagen in Tatbestandselemente aufgelöst" [143]. Zimmerl untersucht die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit genauer und rechnet diejenigen, die sich auf das Unrecht beziehen, zum Tatbestand [144].

f) Der Vergleich der Tatbestandsbegriffe bei Bruns

Bruns unterscheidet drei Tatbestandsbegriffe, den "der Individualisierung dienenden Tatbestand", den "den Vorsatz regulierenden Tatbestand" und den "am Unrecht orientierten Tatbestand". Der Individualisierungstatbestand hat die Garantiefunktion gemäß § 2 StGB. Er schützt die

---

142) Zur Lehre vom Tatbestand, 1928, S. 74 f.
143) aaO S. 65 f.
144) aaO S. 26 ff.

Gesellschaft vor der Willkür des Verbrechers und den Verbrecher vor der Willkür der Gesellschaft [145]. Er enthält alle Rechtssatzelemente des Strafgesetzes des besonderen Teils mit Ausnahme der subjektiven Schuldelemente, die nur Spiegelbild der objektiven Verbrechensseite sind, also auch die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, und ist wertfrei [146].

Der den Vorsatz regulierende Tatbestand besteht aus den Merkmalen, die das Urteil der Rechtswidrigkeit begründen und deren Kenntnis eben deshalb erforderlich ist [147]. Davon machen die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit eine Ausnahme, die zwar Elemente des Unrechtstyps sein können, aber nicht vom Vorsatz umfaßt werden müssen [148]. Dogmatischer Grundbegriff ist für Bruns der am Unrecht orientierte Tatbestand, der das vertypte Unrecht enthält [149], aber nicht mit der Rechtswidrigkeit identisch ist. Bei der Tatbestandsmäßigkeit ist vielmehr das Verhältnis der Handlung zu einer bestimmten Einzelnorm, die typische Normverletzung zu prüfen, bei der Rechtswidrigkeit das Verhältnis der Normverletzung zur Gesamtrechtsordnung [15o].

4. Die Tatbestandslehre Welzels

Mit Welzel beginnt ein neuer Abschnitt in der Strafrechtsdogmatik. Ausgehend von der Bedeutung des menschlichen Willens für den Handlungsbegriff entwickelt Welzel eine p e r s o n a l e U n r e c h t s l e h r e . Aufgabe des Strafrechts ist der Schutz der "elementaren Werte des Gemeinschaftslebens", das ist primär Schutz der "elementaren sozialethischen Gesinnungs- (Handlungs-)werte" und erst sekundär Rechtsgüterschutz. Denn die in der sozialethischen, rechtstreuen Gesinnung des einzelnen wurzelnden Werte sind Grundlage des Rechtsgüterschutzes, "sind das stärkste Fundament, das den Staat und die Gemeinschaft trägt" [151].

Grundlage für den Verbrechensaufbau ist Welzels f i n a l e r H a n d l u n g s b e g r i f f . Menschliches Handeln ist Ausübung von

---

145) Kritik der Lehre vom Tatbestand, 1932, S. 6, 19
146) aaO S. 24
147) aaO S. 3o
148) aaO S. 32
149) aaO S. 38
15o) aaO S. 47
151) Das deutsche Strafrecht,1o. Aufl. 1967, § 1 I, S. 1 ff.

Zwecktätigkeit, ist ein finales, nicht nur kausales Geschehen. Auf Grund seines Kausalwissens sieht der Mensch die möglichen Folgen seines Tuns in bestimmtem Umfang voraus, setzt sich seine Ziele und lenkt sein Tun planvoll darauf hin. Der zielbewußte, das kausale Geschehen lenkende Wille ist das Rückgrat der finalen Handlung, er ist deren integrierender Bestandteil [152]. Die Rechtsnormen - Verbote und Gebote - setzen die finale Struktur der menschlichen Handlung voraus. "Normen können nur ein zwecktätiges Verhalten gebieten oder verbieten." [153]

Der Tatbestand ist für Welzel " V e r b o t s m a t e r i e " der strafrechtlichen Bestimmungen. Er "enthält die sachliche, gegenständliche Beschreibung des verbotenen Verhaltens", die Beschreibung des Inhalts der strafrechtlichen Verbotsnormen. Mit seiner Hilfe wird dem Grundsatz "nulla poena sine lege" Genüge getan [154]. Er ist im Gegensatz zur von der Norm verbotenen Tatbestandsverwirklichung "ein begriffliches Gebilde, das mögliche menschliche Verhaltensweisen begrifflich beschreibt". Jede Tatbestandsverwirklichung ist normwidrig, aber nicht immer auch rechtswidrig. Den N o r m e n stehen " E r l a u b n i s s ä t z e " oder " G e w ä h r u n g e n " gegenüber, die das tatbestandsmäßige Verhalten in bestimmten Fällen gestatten. Das Eingreifen dieser Rechtfertigungsgründe "verhindert, daß die allgemeine (abstrakte) Norm zur konkreten Rechtspflicht für den Täter wird". Tatbestandsmäßigkeit bedeutet den Widerspruch eines Verhaltens zur Einzelnorm. Rechtswidrigkeit ist "der Widerspruch einer Tatbestandsverwirklichung zur Rechtsordnung als Ganzer" [155]. "Der Tatbestand schneidet aus der unübersehbaren Fülle menschlichen Verhaltens dasjenige heraus, das strafrechtlich relevant ist und das einer Bewertung als rechtmäßig oder rechtswidrig unterliegt." [156] Tatbestandsmäßigkeit und Normwidrigkeit sind daher Indiz für die Rechtswidrigkeit [157]. Die Rechtswidrigkeit wird grundsätzlich nicht positiv bestimmt, sondern

---

152) aaO § 8 I, S. 3o ff.
153) aaO § 8 II, S. 34
154) aaO § 1o I, S. 45 ff.
155) aaO S. 47
156) aaO § 1o III, S. 49; ZStW 67, 211 Anm. 3o
157) aaO § 14 I 1, S. 77

negativ durch Feststellung der Abwesenheit von Rechtfertigungsgründen [158].

Welzel unterscheidet zwischen Rechtswidrigkeit und Unrecht. Die Rechtswidrigkeit ist ein "negatives Werturteil" über das tatbestandsmäßige Verhalten, ein Prädikat. Das Unrecht ist die rechtswidrige Verhaltensweise selbst, ein Substantivum [159]. Der Vorsatz gehört nach Welzels finaler Handlungslehre mit den subjektiven Unrechtselementen zum "subjektiven Tatbestand", er ist "ein Wesenselement des Unrechtsbegriffs". Unrecht ist täterbezogenes, "personales" Handlungsunrecht. Es wird vom Handlungsunwert bestimmt, neben dem der Sachverhalts- (Erfolgs-)unwert keine selbständige Bedeutung hat [16o].

Welzel lehnt die Lehre vom Tatbestand als verkörperter Rechtswidrigkeit ab. Nach dieser Theorie seien Tatbestand und Rechtswidrigkeit, Tatbestandsverwirklichung und Unrecht, Tatbestands- und Rechtswidrigkeitsmerkmal jeweils identisch, die Rechtfertigungsgründe würden zu negativen Tatbestandsmerkmalen. Nach Auffassung von Welzel wird die selbständige Funktion des Tatbestands dadurch zerstört, er kann nicht mehr durch sachliche Beschreibung des verbotenen Verhaltens die Grundlage des Rechtswidrigkeitsurteils abgeben. Die Rechtswidrigkeit wird zur Voraussetzung der Tatbestandsmäßigkeit.

Scharf kritisiert Welzel die LvdnT: Sie verkennt, daß die Rechtfertigungsgründe gerade die Verwirklichung eines Verbotstatbestands voraussetzen [161]. Sie verwechselt auch den Tatbestand mit der Strafbestimmung. Ob ein Rechtfertigungsgrund in die Strafbestimmung aufgenommen worden ist oder nicht, hat für die Frage, ob er zum Tatbestand gehört, keine Bedeutung. Der Tatbestand ist kein zufälliges stilistisches Gebilde, sondern sachliche Beschreibung der Verbotsmaterie [162]. Die LvdnT verkennt auch die selbständige Bedeutung der Erlaubnissätze und das Verhältnis zwischen Norm und Erlaubnissatz, das kein statistisches

158) aaO § 14 I 2, S. 79
159) aaO § 1o II 3, S. 49
16o) aaO § 11, S. 58 f.
161) aaO § 14 I 1, S. 77
162) aaO § 14 I 1, S. 78; MDR 1952, 585; ZStW 67, 2o8 ff.

Regel-Ausnahme-Verhältnis ist. Zwischen tatbestandslosem und nur gerechtfertigtem Verhalten bestehen materielle Unterschiede. Welzels Kritik gipfelt in dem Vorwurf, für die LvdnT sei die Tötung eines Menschen in Notwehr rechtlich nichts anderes als die Tötung einer Mücke [163]. "In der Einförmigkeit des rechtlich Bedeutungslosen gehen die Besonderheiten der rechtlichen Erlaubnis und die wesentlichen Wertunterschiede zwischen dem Erlaubten und dem rechtlich Irrelevanten unter." [164]

Schwierigkeiten bereiten Welzels System die " o f f e n e n " Tatbestände, bei denen die Verbotsmaterie nicht wie bei den "geschlossenen" Tatbeständen vom Gesetzgeber allseitig und erschöpfend durch sachlich-gegenständliche Merkmale umschrieben ist. Nach Welzels Auffassung in den neueren Auflagen seines Lehrbuchs ist dies vor allem bei den fahrlässigen Delikten und bei den unechten Unterlassungsdelikten der Fall, wo die verbotenen Verhaltensweisen so vielfältig sind, daß der Gesetzgeber sie nicht mit abstrakten Begriffen hinreichend bestimmt beschreiben kann. Hier muß der Richter mit Hilfe der dem Gesetz zu entnehmenden Leitbilder - objektiv im Verkehr erforderliche Sorgfalt und Garantenstellung - eine "Tatbestandsergänzung" vornehmen, so daß die Indizfunktion des Tatbestands für die Rechtswidrigkeit erhalten bleibt und nur noch negativ das Fehlen von Rechtfertigungsgründen geprüft werden muß[165].

Anders ist das bei solchen offenen Tatbeständen, bei denen ein gesetzliches Leitbild nicht vorhanden ist, wie bei der Nötigung in § 24o StGB, der die alltäglichsten Handlungsweisen umfaßt. Da auch die Rechtswidrigkeitsregel in Abs. 2 dem Richter keine sachlichen Anhaltspunkte gibt, sondern nur das Werturteil "verwerflich" enthält, muß die Rechtswidrigkeit durch selbständiges richterliches Werturteil ermittelt werden. Die Indizfunktion des Tatbestands versagt [166]. Ähnlich ist

---

163) So schon Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 146 Anm. 1
164) aaO § 14 I 1, S. 78; ZStW 67, 21o f.; JZ 1952, 598
165) 1o.Aufl., § 1o I 2, S. 46; § 14 I 2, S. 79; vgl. JuS 1966, 424 f. Anders 6. Aufl., § 14 I 2, S. 72, wo die fahrlässigen Delikte und die unechten Unterlassungsdelikte noch nicht als Beispiele für offene Tatbestände aufgeführt werden. Die Garantenstellung war zwar auch damals schon Tatbestandsmerkmal, nicht aber die Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, die zur Rechtswidrigkeit gehörte (vgl. § 27 II 1 b, S. 181; § 18, S. 1o9 ff.)
166) 1o.Aufl., § 14 I 2, S. 79; § 43 I 3, S. 3o7

dies bei den "speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmalen" oder "Rechtspflichtmerkmalen [167]", wie "rechtsgültig" in § 11o StGB, "rechtmäßig" in § 113, "zuständig" in §§ 11o, 116, 137, die keine sachlichen Tatbestandsmerkmale, sondern vorsatzunabhängige objektive Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit sind und eine negative Bewertung der Tat, bzw. eine Rechtspflicht des Täters kennzeichnen. Die Rechtswidrigkeit wird durch das Vorliegen der Tatbestandsmäßigkeit allein noch nicht indiziert, sie muß positiv ermittelt werden. Der Umfang der Rechtswidrigkeitsmerkmale hat in Welzels Lehre geschwankt [168].

Interessant sind Welzels Ausführungen zur Sozialadäquanz. Seine Ansicht hierzu hat wiederholt gewechselt. Nach seiner ursprünglichen Lehre sind sozialadäquate Handlungen nicht tatbestandsmäßig. Das Recht geht nicht von einer "museumsartigen Welt aus, in der die Rechtsgüter prinzipiell vor jeder Beeinträchtigung gesichert sind und wo jeder Eingriff daher grundsätzlich ein Verbrechen ist". Ein solcher Urzustand grundsätzlicher Sicherung der Rechtsgüter wäre "ohne alles Leben starr und tot". Vielmehr geht das Recht "von einer der geschichtlichen Ordnung entsprechenden Normalsituation des sozialen Gemeinschaftslebens aus, in welcher alle Rechtsgüter in lebendiger und damit zugleich in einander einschränkender und beeinträchtigender Funktion stehen". Erst Handlungen, die aus dieser Ordnung herausfallen, werden von den Tatbeständen erfaßt [169]. Die soziale Adäquanz ist ein "immanentes Prinzip der Tatbestandsbildung". Welzel sah jedoch die Rechtfertigungsgründe nicht alle als Fälle sozialer Adäquanz an. Zwar sollte die Tötung im Krieg sozialadäquat sein [17o], nicht aber die Notwehr, die nach seiner Auffassung eine "Ausnahmesituation der Friedensordnung" ist [171].

---

167) so Welzel früher, vgl. 4. Aufl. 1954, § 14 I 2 b, S. 61
168) Vgl.1o. Aufl., § 14 I 2, S. 79; JZ 1952, 19, 133, 2o8, 34o; JZ 1953, 119; ZStW 67, 224; ausführlich Roxin, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1959, S. 4 ff.
169) ZStW 58 (1939), 527
17o) anders Welzel in ZStW 76, 623 Anm. 11
171) ZStW 58, 529, 527

Später hat Welzel bei Handlungen, die "sich völlig innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozialethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegen und von ihr gestattet werden", das Vorliegen eines gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigungsgrundes angenommen [172]. Heute ist er zu seiner alten Auffassung zurückgekehrt. Die Tatbestände "geben die Verhaltensformen an, die aus den geschichtlich gewordenen Ordnungen des Soziallebens schwerwiegend herausfallen". Die Sozialadäquanz ist "die Folie zu den strafrechtlichen Tatbeständen, ist der ihnen zugrundeliegende, stillschweigend vorausgesetzte 'Normal'-Zustand sozialer Handlungsfreiheit". Sie ist Mittel zur Erfassung und Auslegung der Tatbestände. Die Rechtfertigungsgründe demgegenüber geben eine spezielle Erlaubnis zur Vornahme sozialinadäquater Handlungen [173].

Der Irrtum über die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes ist in Welzels System stets ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Tatbestandsverwirklichung, ein Verbotsirrtum, der im Sinne der Schuldtheorie den Vorsatz nicht ausschließt, sondern nur den Schuldvorwurf ausschliessen oder mindern kann [174].

Welzels Verbrechensaufbau erinnert an Belings ursprüngliche Lehre, auf die sich Welzel auch beruft. Der Tatbestand als Verbotsmaterie ist jedoch im Gegensatz zu Beling wertgefüllt. Der Standpunkt der Rechtfertigungsgründe ist aber auch bei Welzel nicht einleuchtend. Welzel unterscheidet nicht scharf genug zwischen der Rechtswidrigkeit als Werturteil und deren Voraussetzungen. Daß die Rechtfertigungsgründe, die auch Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit sind, im Gegensatz zum Tatbestand in die Verbrechensstufe "Rechtswidrigkeit" einbezogen werden, ist auch bei Betrachtung von Welzels Ausführungen nicht selbstverständlich. Die Existenz von offenen Tatbeständen bedeutet ebenfalls einen Bruch in Welzels Verbrechenssystem.

---

172) Vgl. 8. Aufl. 1963, § 14 I 3, S. 76
173) 1o.Aufl., § 1o IV, S. 52 ff.
174) aaO § 22 III 1 f, S. 163 ff.

5. Der Verbrechensaufbau bei Maurach

Anhänger der finalen Handlungslehre ist auch Maurach. Im Anschluß an Binding und M.E. Mayer betont Maurach die Bedeutung der N o r m e n für das Strafrecht. Logisch vor dem Strafgesetz stehen die Normen, deren Verbote und Gebote "das Rechtsgut schützend und erhaltend umgeben" [175]. "Das Rechtsgut ist materieller Kern jeder Verhaltensnorm und jedes auf dieser aufbauenden Tatbestands." [176] Zwischen der Anerkennung des Rechtsguts und der Strafdrohung liegt die Norm als vorstrafrechtlicher Verhaltensbefehl [177]. Nicht das Strafgesetz stellt Verbote auf, bewertet die verbotswidrigen Handlungen oder wird durch diese verletzt, sondern die zugrundeliegende Norm. Das Strafgesetz bestimmt nur die Rechtsfolgen der Normverletzung [178].

In den Tatbeständen beschreibt das Strafrecht abschließend bestimmte typische Unrechtssachverhalte (Normverstöße) und stellt sie unter Strafe. "Durch die Bildung des Tatbestands wird das normwidrige Verhalten der staatlichen Strafgewalt unterworfen; erst durch diesen wird die Normwidrigkeit zum Verbrechen." Die Abhängigkeit des Tatbestands von der Norm ist in den Strafgesetzen meist nicht erkennbar, da der Gesetzgeber die Tatbestände in der Regel gegenüber der Norm verselbständigt, "von der Norm abgeschichtet" hat. So sind z.B. in §§ 211, 223 StGB Verweisungen auf die Norm unterblieben. In einzelnen Strafgesetzen finden sich "verdeckte Normverweisungen", wie die Merkmale "unbefugt", "widerrechtlich" und "rechtswidrig", durch die darauf hingewiesen wird, daß der Tatbestand nur dann eingreifen soll, wenn auch im konkreten Fall ein Normverstoß vorliegt [179].

Der Tatbestand ist für Maurach " L e i t b i l d ". Er ist aber kein abstrakter und inhaltsleerer Begriff wie in Belings späterer Lehre, sondern eine typische Erscheinungsform des Unrechts [18o], "Typisierung

---

175) Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1965, § 25 I, S.252
176) aaO § 19 II A 3, S. 182
177) aaO § 19 B 1, S. 185 f.
178) aaO § 25 I, S. 252
179) aaO § 19 B, C, S. 188 ff.
18o) aaO § 24 I A, S. 244

generell rechtswidriger Handlungen" [181]. Diese T y p i s i e r u n g ist zwangsläufig nur schematisch. "Sie gibt nur einen Rohabguß des Geschehens." [182] Rechtswidrigkeit heißt Normwidrigkeit der Tatbestandsverwirklichung im konkreten Fall. Die tatbestandsmäßige Handlung ist für Maurach stets "formell" rechtswidrig, "materiell" rechtswidrig aber nur dann, wenn kein Rechtfertigungsgrund eingreift. Liegt ein Rechtfertigungsgrund vor, so weicht das Rechtsgut zurück, das im konkreten Fall schutzunwürdig geworden ist, und zieht den Normbefehl nach sich. Die Tat ist entweder rechtmäßig oder rechtswidrig, aber nie rechtlich irrelevant [183].

Die offenen Tatbestände indizieren die Rechtswidrigkeit nicht, da sie ein wertfreies Verhalten umschreiben. Bei ihnen hängt schon die Tatbestandsmäßigkeit von der Normwidrigkeit ab. Die Prüfung der Rechtswidrigkeit wird in den Tatbestand verlegt. Der Tatbestand gewinnt seinen Unrechtsgehalt erst durch positive Feststellung der Rechtswidrigkeit. In einem solchen Fall wird die negative Feststellung der Rechtswidrigkeit durch Rückgriff auf Rechtfertigungsgründe überflüssig [184]. Bei den Rechtswidrigkeitsmerkmalen unterscheidet Maurach, ob sich das in den Merkmalen enthaltene Werturteil auf die gesamte Handlung bezieht oder auf ein einzelnes Tatbestandsmerkmal [185]. Das Verhältnis von Norm und Tatbestand bestimmt also auch die Indizfunktion des letzteren. Sie ist umso schwächer, je weniger der Tatbestand das Unrecht selbständig, unabhängig von der Norm beschreibt, je mehr er auf die Norm Bezug nehmen muß [186].

Maurach unterscheidet in seinem Verbrechensaufbau zwischen Tatverantwortung und Schuld. Die in der Tatverantwortung enthaltene Mißbilligung bedeutet, "daß der Täter in der konkreten Situation sich schlechter verhalten hat, als die anderen es getan hätten". Maßstab ist das "Können des Durchschnitts". Die Schuld ist der Vorwurf, "daß der Täter anders war, als er selbst sein konnte". Die Schuld erfordert Zurechnungs-

---

181) aaO § 19 III B, S. 192
182) aaO § 24 I A, S. 245
183) aaO § 24 III, S. 25o; vgl. § 25 II, S. 252; § 19 II B 2 b, S. 189
184) aaO § 24 I B 2, S. 246 f.; vgl. Besonderer Teil, 5. Aufl. 1969, § 14 II, S. 112, 117, 12o
185) Allgemeiner Teil, § 23 I B 4, S. 235; vgl. § 38 II B 4, S. 4o8
186) aaO § 24 I B, S. 246

fähigkeit mit der Möglichkeit des Unrechtsbewußtseins [187]. Die Lehre vom "erlaubten Risiko", von der Sozialadäquanz ist für Maurach kein Problem des Unrechtsausschlusses, sondern gehört zur Tatverantwortung [188].

6. Die Tatbestandslehre von Gallas

Gallas geht ähnlich wie Beling in seiner abgewandelten Verbrechenslehre vom Begriff des D e l i k t s t y p u s aus. Das Verbrechen in seiner besonderen Erscheinungsform ist "typisches, d.h. auf Grund bestimmter Zweckerwägungen und sozialethischer Wertvorstellungen als strafwürdig ausgelesenes schuldhaftes Unrecht" [189]. Zum Deliktstypus gehört alles, "was ihn als individuelle Erscheinungsform des Verbrechens konstituiert, nicht nur das, was ihn von anderen Deliktstypen unterscheidet". Er umfaßt Unrechts- und Schuldmerkmale, Unrechts- und Schuldtypus, nicht aber die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit [190].

Die Tatbestandsmäßigkeit ist nicht etwa eine zusätzliche Eigenschaft, sondern eine Erscheinungsform schuldhaften Unrechts [191]. Daher gewinnt der Tatbestand bei Gallas auch eine verschiedene Bedeutung, je nachdem wozu man ihn in Bezug setzt. So ist der Tatbestand,"ganzheitlich" verstanden,"Träger des typischen Strafwürdigkeitsgehalts der jeweiligen Verbrechensart", " V e r k ö r p e r u n g d e s D e l i k t s t y p u s " [192]. Er enthält nicht nur den typischen Unrechtsgehalt, sondern auch den typischen Schuldgehalt der jeweiligen Deliktsart, die jedoch noch nicht voneinander geschieden sind [193]. Er läßt sich trennen in den Unrechts- und Schuldtatbestand, die,ihrerseits wieder zusammengefügt, aber nach Unrechts- und Schuldseite bereits differenziert,den Gesamttatbestand ergeben [194].

---

187) aaO § 31 II B, S. 315 f.
188) aaO § 43 II B 2, S. 467 ff.
189) ZStW 67, 18
190) aaO S. 28 ff., 2o Anm. 48
191) aaO S. 18
192) aaO S. 17, 31
193) aaO S. 29, 31
194) aaO S. 31

Was das Verhältnis von Unrechtstatbestand und Rechtswidrigkeit betrifft, so ist für Gallas die Tatbestandsmäßigkeit "ratio essendi für die Zugehörigkeit der Tat zum Unrechtstypus, dagegen nur ratio cognitionis für deren Rechtswidrigkeit im konkreten Fall" [195]. Da der Tatbestand Inbegriff der die jeweilige Deliktsart konstituierenden Merkmale ist, gibt es außerhalb des Tatbestands keine unrechtsbegründenden Merkmale [196]. Normative Merkmale, die objektive Sorgfaltspflicht bei den fahrlässigen Delikten, die Garantenpflicht und die sogenannten Rechtspflichtmerkmale gehören zum Tatbestand [197]. Die Frage nach der Rechtswidrigkeit wird negativ gestellt, als Frage nach einem etwaigen Ausschluß der Rechtswidrigkeit trotz Tatbestandsmäßigkeit [198]. Wegen der Abstraktheit und Typizität des Tatbestands findet bei atypischen Einzelfällen eine negative Korrektur "an Hand der allgemeinen Begriffe von Unrecht und Schuld" statt [199]. Die LvdnT wird aus dieser Sicht abgelehnt. Der Tatbestand als Verkörperung gerade der typischen Momente des jeweiligen Delikts kann keine atypischen Merkmale enthalten. Das Verhältnis zwischen Tatbestand und Rechtfertigungsgrund ist kein rein technisches Regel-Ausnahme-Verhältnis. "Die Deliktstypen sind nicht bloße juristische Kunstprodukte, vielmehr von Lebensvorgängen abgezogen, die als solche eine Sinneinheit darstellen." Tatbestand und Rechtfertigungsgrund können nicht als solche auf einen Nenner gebracht werden, sondern nur in ihrem Verhältnis zu einer dritten Größe, dem Verbotensein [200].

Trotzdem nähert sich Gallas im Ergebnis der LvdnT. Kriterium für die Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld sind Handlungs- und Gesinnungsunwert [201]. Da bei der irrigen Annahme einer rechtfertigenden Situation zwar der Vorsatz unberührt bleibt, aber die bei der bewußten Tatbestandsverwirklichung für die Schuld typische rechtsfeindliche oder rechtsgleichgültige Gesinnung fehlt, neigt Gallas dazu, "die Bestrafung aus dem Vorsatzdelikt" auszuschließen [202].

---

195) aaO S. 23 Anm. 53 a
196) aaO S. 25
197) aaO S. 2o, 26
198) aaO S. 25
199) aaO S. 19
2oo) aaO S. 27 f.
2o1) aaO S. 45
2o2) aaO S. 46 Anm. 89

7. Die Neubelebung der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen (Die Lehre vom Unrechtstatbestand)

a) Arthur Kaufmann

Die LvdnT ist wieder aktuell geworden durch Arthur Kaufmann [2o3]. Für Kaufmann ist die Rechtsnorm primär objektive Bewertungsnorm. Ihr Wesen besteht "in der Beurteilung menschlicher Verhaltensweisen und bestimmter sozialerheblicher Zustände". Erst sekundär ist die Norm Bestimmungsnorm (Imperativ), ein Mittel zur Durchsetzung der rechtlichen Wertung, "eine Transformation der rechtlichen Bewertung in Gebote und Verbote". Denn ehe die Norm bestimmen kann, muß feststehen, wozu bestimmt werden soll, muß gewertet werden [2o4]. Formell betrachtet,ist die Rechtswidrigkeit Widerspruch zu einer staatlichen Norm. Ihr materieller, inhaltlicher Grund ist "Sozialschädlichkeit" [2o5], "der Verstoß gegen die Gemeinschaftswerte", Unrecht im Sinne eines sozialethischen Unwerts [2o6].

Entscheidend ist für Kaufmann, daß Rechtswidrigkeit und Tatbestand sich als Urteil und Gegenstand, Grund des Urteils gegenüber stehen [2o7]. Aufgabe des Tatbestands ist es, das Unrecht zu typisieren. "Bei richtiger und vollständiger Fassung des gesetzlichen Tatbestands muß der materielle Charakter des Verbrechens als eines Angriffs gegen ein schutzwertes Rechtsgut, als einer antisozialen Handlung zum Ausdruck kommen." Diese Aufgabe wird erfüllt durch die normativen Tatbestandsmerkmale, an deren Vorstellung sich die soziale Mißbilligung knüpft [2o8].

Dieser an der Rechtswidrigkeit ausgerichtete Tatbestand muß alle Merkmale umfassen, die zu dem Unwertprädikat "rechtswidrig" führen. "Nur ein so völlig materialer Tatbestandsbegriff, der sämtliche Elemente des Strafwürdigkeitsgehalts eines Verbrechens umfaßt und nicht nur die typischen, kann das Korrelat zu der ganz und gar formalen, inhalts-

---

2o3) Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949
2o4) Unrechtsbewußtsein, S. 138 f.; vgl. JZ 1956, 355
2o5) Unrechtsbewußtsein, S. 128, 64. Kaufmann hat den Begriff "Sozialschädlichkeit" später aufgegeben, s. JZ 1956, 394 Anm. 72
2o6) JZ 1956, 394; Das Schuldprinzip, 1961, S. 13o f.; ZStW 76, 555 f.
2o7) JZ 1954, 654 ff.; 1956, 353 ff.
2o8) Unrechtsbewußtsein, S. 169; vgl. ZStW 76, 555

lehren Kategorien der Rechtswidrigkeit bilden." [209]

Auch die Rechtfertigungsgründe müssen daher als negative Tatbestandsmerkmale zum Tatbestand gehören. Daß sie nicht in die einzelnen Tatbestände aufgenommen, sondern gleichsam vor die Klammer gezogen worden sind, hat keine sachliche Bedeutung [210]. Ausgehend von der Unterscheidung zwischen Gegenstand und Urteil,weist Kaufmann auf die Parallelen zwischen positiven Tatbestandsmerkmalen und Rechtfertigungsmerkmalen, zwischen Rechtswidrigkeit und Rechtfertigung hin. "Wenn diejenigen Umstände, die den Gegenstand des Urteils 'rechtswidrig' bilden, positive Tatbestandsmerkmale sind, dann müssen umgekehrt die dem Urteil 'nicht rechtswidrig', 'gerechtfertigt' zugrundeliegenden Merkmale mit negativem Vorzeichen ebenfalls zum Tatbestand gehören." Die Rechtfertigung ist das der Rechtswidrigkeit entgegengesetzte Urteil. Beide Urteile können nicht gleichzeitig vorliegen. Dies beachtet nach Auffassung von Kaufmann die Gegenmeinung nicht, nach der das tatbestandsmäßige Verhalten nur in der Regel rechtswidrig ist und ausnahmsweise gerechtfertigt sein kann. "Aber ein nur prinzipiell verbotenes, exzeptionell jedoch erlaubtes Verhalten gibt es nicht." [211]

Kaufmann schlägt vor, die negativen Merkmale besser "einschränkende Tatbestandsmerkmale" zu nennen."Denn das ist ja eben das Wesen dieser Merkmale, daß sie den Umfang des Tatbestands, der durch die unrechtsbegründenden Elemente oft viel zu weit gezogen ist, auf das richtige Maß zurückführen." Dieser Ausdruck zeigt auch, daß die Rechtfertigungsgründe nicht etwa eine irgendwie vorhandene Rechtswidrigkeit "aufheben" [212]. Was die Vorsatzproblematik betrifft, so unterscheidet Kaufmann wie Radbruch zwischen negativen Merkmalen und positiven Merkmalen mit negativem Inhalt. § 59 StGB geht nur von positiven Merkmalen aus, bei denen auch positive Kenntnis erforderlich ist. Bei negativen Merkmalen, nicht aber bei positiven mit negativem Inhalt, ist logischerweise auch auf der Vorsatzseite ein Minuszeichen zu setzen.

---

209) JZ 1956, 356; vgl. JZ 1954, 656; ZStW 76, 568
210) Unrechtsbewußtsein, S. 66; JZ 1954, 655 Anm. 22, 657; 1956, 357
211) JZ 1954, 655
212) JZ 1954, 657

Für den Vorsatz genügt Nichtannahme, die irrige Annahme schließt den Vorsatz aus [213].

So hört der Tatbestand auf, nur Indiz der Rechtswidrigkeit zu sein, wird zur ausnahmslosen Unrechtstypisierung [214], zum "Unrechtstatbestand" [215]. Er allein verdient den Namen "Verbotsmaterie" [216]. Die Verbotsmaterie ist ratio essendi der Rechtswidrigkeit. Wie bei Feuer und Rauch besteht ein Grund-Folge-Zusammenhang, aber keine Identität [217]. Dieser an der Rechtswidrigkeit orientierte Tatbestand ist auch gesetzlicher Tatbestand im Sinne von § 59 StBG. Das Gesetz gibt zwar selbst keine Auskunft, was unter Tatbestand zu verstehen ist, aber worauf sich der Vorsatz erstrecken muß, hängt vom Umfang des Unrechtstatbestands ab. "Denn die Elemente, durch die die Straftat als sinnfälliges und sozial bedeutsames Ereignis erscheint und die deshalb Gegenstand und Grund des Verbots sind, müssen auch vom Tätervorsatz umfaßt werden." [218] Kaufmann hat dies später im Hinblick auf die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit modifiziert. Sie sind "schuldindifferente Unrechtselemente", gehören also zum Unrechtstatbestand, werden aber nicht von der Schuld umfaßt [219].

Dem Tatbestand als Verbotsmaterie stellt Kaufmann den "Deliktstypus" gegenüber, der nur den typischen Strafwürdigkeitsgehalt eines Delikts, die strafrechtliche Relevanz verkörpert, aber nicht abschließend sagt, was rechtswidrig ist, also nicht an der Rechtswidrigkeit orientiert ist. Er ist auch Garantietatbestand. Kaufmann zeigt damit, daß auch die LvdnT zwischen der Tötung eines Menschen in Notwehr und der Tötung einer Mücke zu unterscheiden weiß. So erfüllt die Tötung einer Mücke im Gegensatz zur Tötung in Notwehr schon nicht einmal den Deliktstypus [22o].

---

213) JZ 1956, 357
214) Unrechtsbewußtsein, S. 67
215) JZ 1954, 656; 1963, 5o5; Schuldprinzip, S. 134 Anm. 83; ZStW 76, 555
216) JZ 1956, 356
217) JZ 1956, 356; vgl. JZ 1954, 657
218) JZ 1954, 656; vgl. ZStW 76, 556
219) Schuldprinzip, S. 251; anders noch JZ 1956, 356 Anm. 44
22o) JZ 1956, 354 f.; ZStW 76, 569 f.; vgl. zum Garantietatbestand auch JZ 1954, 656; 1963, 5o6

In Kaufmanns Verbrechensaufbau hat die Rechtswidrigkeit "neben der Tatbestandsmäßigkeit keine besondere praktische Bedeutung mehr". Bei Tatbestandsmäßigkeit liegt immer auch Rechtswidrigkeit vor. Trotzdem bleibt die Rechtswidrigkeit ein logisch selbständiges Verbrechensmerkmal [221]. Sie ist das Unwerturteil der Rechtsordnung über den Tatbestand, bzw. das tatbestandsmäßige Verhalten, sie ist juristische Eigenschaft der Tat [222]. Kaufmann betont, daß die Rechtswidrigkeit daher keine Merkmale in sich aufnehmen kann, von denen sie als Wertprädikat erst abhängt [223]. Die Gegenmeinung Welzels und seiner Schüler muß daher konsequenterweise zu einer Dreigliederung in Tatbestand, Erlaubnissatz und Rechtswidrigkeit kommen und drei Irrtumsarten unterscheiden [224]. Die von den Anhängern der Vorsatztheorie behauptete Strukturverschlingung zwischen Sein und Sollen betrifft nach Kaufmann nicht das Verhältnis zwischen Tatbestand und formeller Rechtswidrigkeit, sondern zwischen Tatbestand und materiellem Unrecht [225]. Materiell ist die Trennung des Normativen von seinem Gegenstand nicht durchzuführen, wohl aber kann formal zwischen Objekt und Wertung geschieden werden [226]. Nach Ansicht von Kaufmann befriedigt die LvdnT auch das Rechtsgefühl, da gerechtfertigte Handlungen sozialadäquat, normale Bestandteile des Soziallebens sind [227].

Bemerkenswert ist, daß Kaufmanns Tatbestandsauffassung zu einer Überwindung des Gegensatzes von Schuld-und Vorsatztheorie führt, die um die Bedeutung des Unrechtsbewußtseins streiten. Wenn in den normativen Tatbestandsmerkmalen der sozialethische Unwert des Verbrechens ausgeprägt ist, dann hat der Täter bei Kenntnis der deskriptiven Merkmale und richtiger Beurteilung der normativen Merkmale - richtiger "Parallelwertung" oder "Subsumtion unter den sozialen Begriff" - nach Meinung von Kaufmann die für den Vorsatz erforderliche Bedeutungskenntnis, das Wissen um den rechtsgutsverletzenden oder -gefährdenden Charakter seines Tuns. Daß der Täter sein Verhalten selbst als Unrecht bewertet und

---

221) Unrechtsbewußtsein, S. 67; JZ 1954, 656
222) JZ 1954, 654, 657; 1956, 353
223) JZ 1956, 355; 1954, 656; ZStW 76, 567
224) JZ 1956, 355; 1963, 505; ZStW 76, 566
225) JZ 1956, 654; ZStW 76, 555
226) Schuldprinzip, S. 180
227) JZ 1954, 657

empfindet, ist nicht erforderlich. Die Tatbestandskenntnis vermittelt das Unrechtsbewußtsein, der Vorsatz ist "dolus malus" [228].

Beim Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund unterscheidet Kaufmann zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum. Der Irrtum über "Umstände, aus denen sich die Rechtfertigung ergibt", über negative Tatbestandsmerkmale, ist ein Tatbestandsirrtum. Der Irrtum über die Rechtfertigung als solche ist ein Irrtum über das gesetzliche Verbot, ein unbeachtlicher Verbotsirrtum [229].

Auch bei Kaufmann ist der Verbrechensaufbau zweistufig geworden. Es stehen sich zwei Komplexe gegenüber: der materielle Unrechtstatbestand mit dem formellen Rechtswidrigkeitsurteil und der materielle Schuldtatbestand mit dem formellen Urteil der Vorwerfbarkeit [23o].

b) Engisch

Engisch kennt fünf Tatbestandsbegriffe: den Tatbestand im Sinne der Rechtstheorie als Korrelat zur Rechtsfolge, den Verbrechenstatbestand als Inbegriff aller Verbrechensmerkmale, den Garantietatbestand, den Unrechtstatbestand und den gesetzlichen Tatbestand im Sinne von § 59 StGB [231]. In den Vordergrund seiner Untersuchungen stellt Engisch den Unrechtstatbestand, der alle für das Rechtswidrigkeitsurteil relevanten Merkmale umfaßt - "allgemeine wie besondere, positive wie negative, deskriptive wie normative, objektive wie subjektive, täterbezogene wie handlungsbezogene Merkmale". Dieser Tatbestand ist nach Engisch nicht ohne weiteres handlich formulierbar und exakt begrifflich zu bestimmen wie der Garantietatbestand. Er ist ein "Funktionsbegriff", der die systematische Zuordnung der Verbrechensmerkmale ermöglichen soll, die den Unrechtsgehalt einer Handlungsweise bestimmen [232].

In den Unrechtstatbestand werden also auch die Rechtfertigungsgründe als negative oder besser "einschränkende" Tatbestandsmerkmale eingegliedert [233].

---

228) Schuldprinzip, S. 131 f., 135; Unrechtsbewußtsein, S. 169 f., 173; JZ 1954, 654; 1956, 394; ZStW 76, 552 ff.
229) Unrechtsbewußtsein, S. 179 f.; JZ 1954, 657 f.; ZStW 76, 563 f.
23o) Schuldprinzip, S. 182
231) Mezger-Festschrift, 1954, S. 13o ff.
232) Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, S. 4o9; Mezger-Festschrift, S. 132; vgl. Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 12
233) Mezger-Festschrift, S. 133; Untersuchungen, S. 1o ff.

Engisch macht das Verhältnis von Tatbestand und Rechtfertigungsgründen an dem Beispiel eines Kreises deutlich. Der in den Strafgesetzen formulierte, aus positiven und "negativ gefaßten" Merkmalen bestehende (positive) Tatbestand ist ein Kreis, aus dem die negativen Tatbestandsmerkmale ein Segment oder einen Sektor herausschneiden. Wird demgegenüber der Begriffsumfang des positiven Tatbestands durch weitere positive oder negativ gefaßte Tatbestandsmerkmale eingeengt, so entsteht von vornherein ein kleinerer Kreis [234]. Engisch neigt jedoch dazu, die Rechtfertigungstatbestände als etwas Selbständiges anzusehen und dem Tatbestand im engeren Sinn gegenüberzustellen. Insbesondere hält er es für didaktisch zweckmäßig, ihr Nichtvorliegen im Verbrechensaufbau unter der Rubrik der Rechtswidrigkeit zu prüfen [235].

Unrechtstatbestand und gesetzlicher Tatbestand sind nicht unbedingt identisch. Zwar muß sich grundsätzlich der Vorsatz auf den Unrechtstatbestand beziehen, doch können aus praktischen Erwägungen Merkmale aus dem Unrechtstatbestand ausscheiden - etwa "Rechtspflichtmerkmale" oder objektive Bedingungen der Strafbarkeit -, wenn sie den Regeln über den Verbotsirrtum unterstellt werden sollen [236].

So ist für Engisch auch nicht entscheidend, ob man die Rechtfertigungsgründe als Tatbestandsmerkmale konstruiert, sondern wie man den Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund behandelt [237]. Engisch gibt zu, daß bei Erfüllung der positiven Tatbestandsmerkmale eine gewisse rechtliche Relevanz vorliegt, so daß der Tatbestandsvorsatz die Anregung gibt, das Vorliegen einer Verbotsnorm zu prüfen [238]. Dies berechtigt aber nicht, bei irriger Annahme der Voraussetzungen eines existierenden Rechtfertigungsgrundes nur einen Verbotsirrtum und keinen Tatbestandsirrtum anzuerkennen, wie die Gegner der LvdnT meinen. Denn diese Impulswirkung ist häufig auch schon gegeben, wenn noch nicht alle positiven Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. Ebenso ist es mit den Anregungen, die das Bewußtsein der Interessen- oder Rechtsgutsverletzung gibt, da viele

---

234) ZStW 7o, 587 f.
235) Unrechtstatbestand, S. 4o8 f.; Untersuchungen, S. 1o, 12; vgl. ZStW 7o, 584
236) Mezger Festschrift, S. 132, 163
237) ZStW 7o, 588
238) ZStW 7o, 596, 575 f.

Tatbestände Interessenabwägungen und damit Rechtsgutsverletzungen voraussetzen. Auch werden die Anregungen, die die Erfüllung des positiven Tatbestands vermittelt, durch die Annahme einer rechtfertigenden Situation gerade paralysiert [239]. Ist die Tatbestandsmäßigkeit Indiz der Rechtswidrigkeit, so sind die Rechtfertigungsvoraussetzungen Gegenindiz [24o]. Der Tatbestand ist die Umschreibung des Objekts der Wertung, die Rechtswidrigkeit die Wertung selbst. Zwischen beiden besteht aber auch ein Verhältnis von Grund und Folge. Mit der Tatbestandsmäßigkeit ist grundsätzlich auch die Rechtswidrigkeit gegeben. Das Verbrechensmerkmal der Rechtswidrigkeit hat seine selbständige Bedeutung verloren [241]. Bei den "speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmalen" ist nach Engisch scharf zu trennen zwischen der Rechtswidrigkeit als Unwertprädikat über das gesamte Verhalten und den einzelnen normativen Tatbestandsmerkmalen, die Grundlage für dieses Unwerturteil sind [242].

c) von Weber

Mit von Weber hat sich ein Anhänger der finalen Handlungslehre der LvdnT angeschlossen. Auch von Weber unterscheidet zwischen dem Unrechtstatbestand und dem Deliktstypus [243]. Die Trennung von Deliktstypus und Rechtfertigungsgrund ist nur eine Frage der Gesetzestechnik [244]. Die Rechtfertigungsgründe sind negative Tatbestandsmerkmale wie die übrigen, im Tatbestand sehr häufig vorkommenden negativen Umstände. Zwischen negativen Merkmalen und positiven mit negativem Inhalt unterscheidet von Weber also nicht. Daß die Rechtfertigungsgründe nicht ein einzelnes Merkmal des Tatbestands, sondern den Tatbestand als Ganzes negieren, macht keinen wesentlichen Unterschied. Entscheidend ist, daß jedes negative Merkmal den Tatbestand verengt. Negative Tatumstände unterscheiden sich materiell von positiven nicht, wie sich schon daraus ergibt, daß manche auch positiv ausgedrückt werden können. Trotzdem macht von Weber auf der Vorsatzseite einen Unterschied. Bei negativen Tatbestandsmerkmalen ist für den Vorsatz erforderlich, "daß sich der Täter nicht vorstellt,

---

239) ZStW 7o, 59o ff.
24o) aaO 597
241) aaO 571 Anm. 15; Unrechtstatbestand, S. 41o; Untersuchungen, S. 12
242) aaO 584 f.; Unrechtstatbestand, S. 411 f.; Mezger-Festschr., S. 158
243) Mezger-Festschrift, S. 186, 189
244) aaO S. 186 f.; JZ 1951, 262

daß der Gegensatz gegeben ist". "Eines darüber hinausgehenden Bewußtseins des Fehlens dieses Sachverhalts bedarf es nicht." [245]

Gerechtfertigtes Verhalten ist sozialadäquat. Die Anerkennung eines Rechtfertigungsgrundes durch das Recht beweist, daß das betreffende Verhalten der sozialethischen Ordnung entspricht. Besondere Rechtspflichtmerkmale werden abgelehnt. "Jedes Tatbestandsmerkmal ist zugleich Rechtspflichtmerkmal." [246] Von Weber weist auch darauf hin, daß bei der irrigen Annahme einer rechtfertigenden Sachlage kein von der Rechtsordnung mißbilligter Vorsatz vorliegt [247].

d) Schaffstein

Schaffstein, der auch Anhänger der finalen Handlungslehre ist, betont, daß gerade die finale Handlungslehre mit ihrem personalen Unrechtsbegriff die LvdnT anerkennen muß, da es bei der irrtümlichen Annahme eines Rechtfertigungsgrundes am Handlungsunwert fehlt [248].

Schaffstein unterscheidet zwischen dem G a r a n t i e t a t b e s t a n d , dem S y s t e m t a t b e s t a n d im Rahmen des Verbrechensaufbaus und dem I r r t u m s t a t b e s t a n d gemäß § 59 StGB. Der Irrtumstatbestand ist die Summe derjenigen Merkmale, "deren Kenntnis einerseits notwendig, andererseits hinreichend ist, um jene den Vorsatz kennzeichnende Impulswirkung hervorzurufen" [249]. Zu ihm gehören sämtliche Merkmale, "auf die der Vorsatz sinnvollerweise, d.h. um eine materiell gerechte Entscheidung zu erzielen, zu beziehen ist". Daraus ergibt sich, daß auch die Merkmale, die einen rechtfertigenden Sachverhalt beschreiben, dazu zu zählen sind. Durch die Annahme rechtfertigender Umstände wird die durch das Bewußtsein der Rechtsgutsverletzung vermittelte Warnung paralysiert [25o].

Schaffstein trennt von den normativen Merkmalen, deren Ermittlung erst Voraussetzung für eine zutreffende Bewertung der Gesamttat ist, bei denen nur ein Teil des Verhaltens Gegenstand der Wertung ist, die s p e z i e l l e n R e c h t s w i d r i g k e i t s m e r k m a l e ,

245) aaO S. 184 f.
246) aaO S. 188 f.
247) aaO S. 189, 191; JZ 1951, 263
248) MDR 1951, 199
249) Festschrift OLG Celle, 1961, S. 181
25o) aaO S. 183

die eine Wertung des Gesamtverhaltens erfordern [251]. Bei ihnen können Tatbestandsirrtum - als Irrtum über die zugrundeliegenden Umstände - und Verbotsirrtum - bei irriger Wertung des Rechtswidrigkeitsmerkmals trotz Kenntnis der Sachlage - vorliegen [252]. Ebenso ist es bei den "ethisch-normativen Merkmalen", wie "verwerflich", "Verstoß gegen die guten Sitten" und "unzüchtig" [253].

Eingehend untersucht Schaffstein das Verhältnis von Tatbestand, Rechtfertigungsgründen und Sozialadäquanz. In diesem Zusammenhang geht Schaffstein vom Tatbestand als strafrechtssystematischem Grundbegriff aus, den er als Unrechtstatbestand versteht [254]. Der Leitbild- oder Indiztatbestand nach Welzels Lehre wird abgelehnt. Zwischen den Merkmalen des Indiztatbestands und den Rechtfertigungsmerkmalen bestehen nur formelle Unterschiede. Insbesondere die Interessen- oder Rechtsgutsverletzung kann kein Abgrenzungskriterium sein. Aufgabe der Rechtfertigungsgründe ist es, bei den "unvollständigen" Strafandrohungstatbeständen, die sich auf die Beschreibung einer Interessenverletzung beschränken - z.B. §§ 212, 239, 223, 3o3 StGB -, diejenigen Situationen und Modalitäten auszuklammern, unter denen die Interessenverletzung nicht rechtswidrig ist. Demgegenüber kommt bei "vollständigen" Tatbeständen - wie §§ 253, 263, 3o1 ff. StGB - die Anwendung eines Rechtfertigungsgrundes kaum in Frage [255].

Aus dem Wesen des Tatbestands als Unrechtstatbestand ergibt sich, daß er sozialadäquates Verhalten nicht umfaßt [256]. Ein materieller Unterschied zwischen Rechtfertigung und Sozialadäquanz besteht nicht [257]. Die der Sozialadäquanz zugrundeliegenden vorrechtlichen Ordnungsvorstellungen haben durch die Rechtfertigungsgründe eine Legalisierung erfahren. Der Bereich der Rechtfertigungsgründe geht aber darüber hinaus. Obwohl die Sozialadäquanz den Unrechtstatbestand einschränkt, ist sie als Wertung des Gesamtverhaltens kein Tatbestandsmerkmal im Sinne von § 59 StGB [258].

---

251) aaO S. 19o
252) aaO S. 192 f.
253) aaO S. 194 ff.; vgl. ZStW 72, 395
254) ZStW 72, 386
255) ZStW 72, 391 f.
256) ZStW 72, 393 f.; vgl. 378
257) ZStW 72, 385
258) ZStW 72, 394 f.

e) Schröder

Schröder unterscheidet zwischen dem Tatbestand im weiteren und im engeren Sinn. Der Tatbestand im weiteren Sinn, der "Gesamttatbestand", enthält alle Voraussetzungen für die Rechtsfolge der Strafe [259]. Er ist Garantietatbestand gemäß § 2 StGB [26o]. Der Tatbestand im engeren Sinn ist das Hilfsinstrument des Gesetzgebers bei der Erfassung gemeinschaftswidriger, schuldhafter Handlungen. Der Tatbestand charakterisiert die verbotenen Handlungen, bringt innerhalb des Gesamttatbestands das negative Urteil der Rechtsordnung über die Tat zum Ausdruck. Die Tatbestandsmerkmale sind daher nicht rein beschreibend, sie grenzen nicht nur die Handlungen in ihrer außerrechtlichen Beschaffenheit von anderen ab, sondern sie sind unter dem Blickwinkel des Verbots zu sehen, stehen unter dem Aspekt der Rechtswidrigkeit. Der ideale Tatbestand müßte das verbotene Verhalten abschließend beschreiben, eine einwandfreie und endgültige Grenze zwischen erlaubt und verboten ziehen. Die Unterscheidung zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit würde dann überflüssig. Dieses Ideal ist aber nach Auffassung von Schröder im Gesetz nicht erreichbar. Nach der äußeren Form des Tatbestands unterscheiden sich sozialadäquate und gesetzlich zu verbietende Handlungen im tatsächlichen Bereich nicht. Eine Differenzierung ist erst möglich, wenn man die Tatbestandsmerkmale normativ färbt und rechtlich wertet. "Die Tatbestände sind nur eine Rohform, deren Ergebnisse überprüft und korrigiert werden müssen." [261]

Die Unrechtsbestimmung ist daher zweigleisig, sie erfolgt teils im Tatbestand, teils außerhalb durch tatbestandsergänzende Merkmale und negative Merkmale, die Rechtfertigungsgründe [262]. Daher ist es nach Auffassung von Schröder ungerechtfertigt, Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß sachlich verschieden zu behandeln. Die Unterscheidung ist willkürlich und rein technisch bedingt [263], wie Schröder z.B. an den Merkmalen "Einwilligung", "Rechtmäßigkeit der Amtsausübung", "behördliche Erlaubnis" und "widerrechtliche Zueignung" nachzuweisen versucht [264]. Ähnlich ist es bei den offenen Tatbeständen, bei denen

---

259) Schönke-Schröder, StGB, 14. Aufl. 1969, § 1, Vorbem. Rand-Nr. 3, S. 8
26o) aaO Vorbem. 38, S. 19
261) aaO Vorbem. 3/5, S. 8 f.; ZStW 65, 193 f.
262) aaO § 1, Vorbem. 7, S. 1o; § 51, Vorbem. 4 ff., S. 392
263) aaO § 1, Vorbem. 6, S. 9
264) MDR 195o, 649; 1951, 388; 1953, 7o

der Tatbestand keine abschließenden Unrechtstypen festlegen kann, weil erlaubte und verbotene Tatbestandshandlungen äußerlich ähnlich sind. Die den Tatbestand "schließenden" Merkmale müssen als Tatbestandsmerkmale anerkannt werden [265]. Schröder lehnt daher Rechtspflichtmerkmale ab. Der Tatbestand ist keine wertfreie Rubrik, sondern vorbewertete Handlung. Die Unrechtsbewertung läßt sich nicht als Wertung des Objekts dem Objekt der Wertung säuberlich geschieden gegenüberstellen [266].

Der Tatbestand ist also "die Summe aller Merkmale, die für das Unrecht von Bedeutung sind" [267]. Der Verbrechensaufbau beschränkt sich auf die zwei Stufen Rechtswidrigkeit und Schuld, der Tatbestand hat nur eine Hilfsfunktion [268]. Innerhalb des Tatbestandsbegriffs unterscheidet Schröder zwischen dem Unrechtstatbestand und dem gesetzlichen Tatbestand. Auf den gesetzlichen Tatbestand hat sich der Vorsatz zu erstrecken; der Unrechtstatbestand enthält den gesetzlichen Tatbestand und die subjektiven Unrechtselemente, er hat nur systematische, aber keine praktische Bedeutung [269]. Die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit stehen außerhalb, da sie für die rechtliche Mißbilligung der Tat gleichgültig sind [27o].

Als Anhänger der Vorsatztheorie wendet sich Schröder dagegen, im Bereich der Rechtfertigungsgründe zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum zu unterscheiden [271].

f) Lang-Hinrichsen

Ähnlich ist die Tatbestandslehre von Lang-Hinrichsen, der auch Vertreter der Vorsatztheorie ist. Tatbestand und Rechtswidrigkeit befinden sich in "strukturbedingter Verschlingung". Alle rechtlichen Merkmale sind mit einem "normativen Gespinst" überzogen [272].

---

265) aaO § 1, Vorbem. 7, S. 1o
266) ZStW 65, 185 f.
267) aaO § 1, Vorbem. 7, S. 1o
268) aaO Vorbem. 9, S. 11; Vorbem. 4, S. 9
269) aaO Vorbem. 38, S. 19; Vorbem. 44, S. 21
27o) ZStW 65, 187; aaO § 1, Vorbem. 44, S. 21; § 51, Vorbem. 1o1 ff., S. 418 f.
271) aaO § 59, Anm. 96, S. 477; Anm. 1o5 ff., S. 479 ff.; ZStW 65, 185 f.
272) JR 1952, 188, 3o3, 3o7, 356

Auch Lang-Hinrichsen geht davon aus, daß die Rechtfertigungsgründe nur wegen der Gesetzestechnik von den Tatbeständen getrennt wurden [273]. Der Gesetzgeber steht bei der Bildung der Tatbestände zwischen Spezialisierung und Generalisierung. Er darf die Spezialisierung nicht zu sehr verfeinern, damit nicht durch die Verengung des Tatbestands Strafwürdiges aus ihm herausfällt. Andererseits darf die Generalisierung nicht zu weit gehen, damit die Garantiefunktion des Tatbestands nicht verlorengeht. Weiter spielen bei der Gestaltung der Tatbestände "Gesichtspunkte der Verständlichkeit, Volkstümlichkeit, Plastizität, Eindringlichkeit, Tradition, des sprachlichen Ausdrucks usw." eine Rolle. Ratio essendi der Rechtswidrigkeit ist daher der "Gesamttatbestand", der die Zusammenfassung aller für die Frage der Rechtswidrigkeit maßgeblichen Merkmale darstellt. Er besteht aus den Tatbestandsmerkmalen im engeren Sinn, den Tatbestandsergänzungsmerkmalen, die ungeschrieben den Tatbestand einschränken, den Handlungspflichtmerkmalen bei den unechten Unterlassungsdelikten und mit negativem Vorzeichen den Rechtfertigungsmerkmalen. Garantietatbestand ist nur der Tatbestand im engeren, technischen Sinn [274]. § 59 wendet Lang-Hinrichsen auf den Gesamttatbestand analog an [275].

Nach seiner Auffassung ist auch eine Tötung in Notwehr sozialadäquat, da es keine den sozialethischen Ordnungen des Gemeinschaftslebens schlechthin oder "an sich" widersprechende Rechtsgutsverletzung gibt. Die Beurteilung der Sozialadäquanz kann nur im Hinblick auf den individuellen Gesamtkomplex des Geschehens vorgenommen werden [276].

g) Roxin

Roxin geht in seiner Auseinandersetzung mit Welzels Lehre von den offenen Tatbeständen und Rechtswidrigkeitsmerkmalen [277] von den verschiedenen Funktionen des Tatbestands aus. Er unterscheidet den Garantietatbestand, den Irrtumstatbestand, der Tatbestands- und Verbotsirrtum sowie Versuch und

---

273) ZStW 63, 338; JR 1952, 3o6
274) JR 1952, 3o6 f.
275) JZ 1953, 363
276) JR 1952, 3o4, 3o6
277) Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1959

Wahndelikt abgrenzt und den S y s t e m t a t b e s t a n d , der sich als systematischer Grundbegriff zwischen Handlung und Rechtswidrigkeit schiebt. Diese drei Tatbestandsbegriffe sind rein formaler Natur, sie bezeichnen Sinn und Aufgabe des Tatbestands, nicht aber dessen Inhalt. Sie sind nicht notwendigerweise identisch, überschneiden, aber decken sich nicht [278].

Was Irrtumstatbestand ist, ist nach Auffassung von Roxin nicht mit abstrakten Erwägungen über die systematische Stellung und die dogmatische Natur des Tatbestandsbegriffs, sondern vom billigen und vernünftigen Ergebnis her zu lösen. Der Tatbestand im Sinne von § 59 StGB muß die Forderungen der Rechtsidee, Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit, in möglichst hohem Grad erfüllen [279]. Danach muß der Vorsatz immer dann entfallen, wenn der Täter über einen für das Unrecht maßgebenden Umstand irrt, mag er positiv unrechtsbegründend, negativ unrechtsausschließend, gesetzlich festgelegt oder ungeschrieben sein. Irrtumstatbestand ist der G e s a m t t a t b e s t a n d . Entscheidend für den erhöhten Schuldvorwurf beim Vorsatz ist das bewußte Tun des bei objektiver Betrachtung Unrechten [28o].

Der Wertunterschied zwischen tatbestandslosem und tatbestandsmäßigem , aber gerechtfertigtem Verhalten ist für Roxin für das Vorsatz- und Irrtumsproblem nicht entscheidend, da es noch viel mehr Wertungsnuancen gibt und die größte und bedeutendste Bewertungsdifferenz zwischen rechtmäßig und rechtswidrig liegt. Roxin gibt aber zu, daß dies im letzten eine unbeweisbare Wertungsfrage ist [281]. Da der Tatbestand bei Welzel nicht immer sozial Ungewöhnliches verkörpert, kommt Welzel zu willkürlichen und ungerechten Irrtumsentscheidurgen [282].

Der Systemtatbestand kann nicht von der Irrtumsproblematik her bestimmt werden [283]. Er ist als Verbrechensgrundbegriff technisches

---

278) aaO S. 1o7 ff.
279) aaO S. 111
28o) aaO S. 12o
281) aaO S. 128
282) aaO S. 13o ff.
283) aaO S. 111

Hilfsmittel für die praktische Handhabung. Er muß gemeinsame Grundlage aller für das Strafrecht in Betracht kommenden Handlungen sein (Grundelement) und nur die für das Strafrecht wesentlichen Vorgänge umfassen (Grenzelement) [284]. Diese Aufgabe erfüllt der Tatbestand nur, wenn er als Gesamttatbestand alle Voraussetzungen des gesetzgeberischen Unwerturteils verkörpert und von Äußerlichkeiten und Zufälligkeiten der Gesetzestechnik unabhängig ist. Roxin hält es jedoch für sinnvoll, innerhalb des Gesamttatbestands zwischen einem unrechtsbeschreibenden und einem unrechtsausschließenden Tatbestand zu unterscheiden [285]. Der Gesamttatbestand erfüllt auch das systematische bedürfnis nach Harmonisierung. Er ist System- und Irrtumstatbestand zugleich [286], wenn man davon absieht, daß aus kriminalpolitischen Gründen unrechtsbestimmende Merkmale als objektive Bedingungen der Strafbarkeit aus dem Irrtumstatbestand ausgeklammert werden [287].

Welzels Unterscheidung zwischen dem rechtlich Irrelevanten und dem Erlaubten ist nach Roxin auch systematisch nicht brauchbar. Sie ist unscharf, da das Merkmal des sozial Ungewöhnlichen als Abgrenzungskriterium versagt. Auf die strafrechtliche Beurteilung wirkt sich die Unterscheidung nicht aus. Auch gibt es "rechtlich relevante tatbestandslose Handlungen und strafrechtlich ziemlich irrelevante Tatbestandserfüllungen" [288]. Roxin lehnt daher Welzels Lehre von den offenen Tatbeständen ab. Die Rechtswidrigkeitsmerkmale haben einen Doppelcharakter. Sie enthalten beschreibende und unrechtsbestimmende, also tatbestandliche, Elemente, bergen aber gleichzeitig eine Gesamtbewertung, das Rechtswidrigkeitsurteil, in sich [289]. Die Rechtswidrigkeitsmerkmale müssen daher zertrennt werden: ihre unrechtsbestimmenden Merkmale gehören in den Tatbestand, das in ihnen enthaltene Werturteil über die Gesamttat zur Rechtswidrigkeit. Ähnlich will Roxin bei Merkmalen, die nur eine soziale und nicht eine formellrechtliche Gesamtbewertung enthalten, wie "Verwerflichkeit", vorgehen [29o].

---

284) aaO S. 167 f.
285) aaO S. 174 ff.
286) aaO S. 167, 176
287) aaO S. 135
288) aaO S. 179 f.
289) aaO S. 82, 135
29o) aaO S. 155

8. Unrechtssachverhalt und Unrechtsvorwurf bei Maihofer

Ausgehend von einem s o z i a l e n H a n d l u n g s b e g r i f f, wonach Handlung "jedes objektiv beherrschbare Verhalten mit Richtung auf einen objektiv voraussehbaren sozialen Erfolg" ist [291], hat Maihofer ein viergliedriges personales Straftatsystem entwickelt. Maihofer unterscheidet zwischen Unrechtssachverhalt und Unrechtsvorwurf einerseits und Schuldsachverhalt und Schuldvorwurf andererseits [292].

Die Rechtsordnung schützt die menschlichen Interessen (Rechtsgüter) durch Verhaltensnormen (Rechtsnormen), die der Kultur entnommen oder vom Recht selbst gefunden werden. Den Straftatbeständen liegen " N o r m e n d e s S o l l e n s " (Bestimmungsnormen, Gebote und Verbote) zugrunde, die am Regelfall, der einseitig gesehenen, typischen Rechtsgutsverletzung orientiert sind. Dem Ausnahmefall eines besonderen Interessenwiderstreits werden sie jedoch nicht gerecht. Daher werden die Normen des Sollens durch " G e g e n n o r m e n d e s D ü r f e n s " eingeschränkt, die dem Schutz höherwertiger, widerstreitender Interessen dienen. Der Interessenschutz des Strafrechts, die strafrechtlichen Gebote und Verbote sind niemals absolut. Was rechtmäßig oder rechtswidrig ist, ergibt sich immer nur aus der konkreten Situation und ihrer Interessenlage [293]. Die Norm erschöpft sich jedoch nicht in der Funktion als Bestimmungsnorm oder Gestattungsnorm, sondern sie bewertet auch das Verhalten des einzelnen, um gegebenenfalls das gewünschte Rechtsverhalten mit Zwang durchsetzen zu können [294].

Der U n r e c h t s s a c h v e r h a l t (die Interessenverletzung) besteht aus den "Unrechtstatbestandsmerkmalen", die den "Unrechtstypus einer bestimmten Interessenverletzung" umschreiben, und den " U n r e c h t s a u f h e b u n g s g r ü n d e n " (negativen Tatbestandsmerkmalen), die die Kollisionsfälle umschreiben, die das Unrecht einer Interessenverletzung aufheben, und in denen die Gestattungsnormen ihren Niederschlag finden. Der Unrechtssachverhalt ist also "ein dem Sollen

---

291) Eberhard Schmidt-Festschrift, S. 178
292) Rittler-Festschrift, 1957, S. 163; vgl. ZStW 7o, 186 ff.
293) Rittler-Festschrift, S. 149 ff.
294) aaO S. 151 f.

widersprechendes, weil durch kein Dürfen gestattetes, darum 'unerlaubtes' menschliches Verhalten". Für den Unrechtssachverhalt ist der Erfolgsunwert maßgebend [295].

Der Unrechtsvorwurf wird erhoben, wenn dem Täter "unter dem personalen Maßstab der Pflichtverletzung" eine "Verfehlung des sozialen Sollens und Könnens" vorgeworfen werden muß. Über den realen Erfolgsunwert der Interessenverletzung hinaus muß eine Pflichtverletzung, ein personaler Verhaltensunwert, gegeben sein. Maßstab für die Verfehlung des sozialen (generellen) Sollens sind die Pflichten einer "vernünftigen Person" in der sozialen Pflichtenstellung des Täters. Eine Verfehlung des sozialen Könnens ist gegeben, wenn ein vernünftiger Mensch in der Stellung und Lage des Täters hätte anders handeln können [296]. Der Unrechtsvorwurf entfällt beim Vorliegen von "Unrechtsausschließungsgründen", z.B. beim rechtfertigenden übergesetzlichen Notstand der Pflichtenkollision, bei dem keine Verfehlung des sozialen Sollens vorliegt [297]. Es handelt sich um einen Ausschluß "der objektiven Pflichtwidrigkeit in den Grenzen der generellen Zumutbarkeit des Andershandelns für Jedermann in der sozialen Rolle und Lage des Täters" [298]. Beziehen sich die Unrechtsaufhebungsgründe mehr auf den Erfolgsunwert, so die Unrechtsausschließungsgründe mehr auf den Verhaltensunwert [299].

Parallel zum Unrechtskomplex verläuft der Aufbau des Schuldkomplexes. Der Schuldsachverhalt gliedert sich in Schuldtatbestandsmerkmale und Schuldaufhebungsgründe, der Schuldvorwurf in die Verfehlung des individualen Sollens und Könnens (Schuldvoraussetzungen) und die Schuldausschließungsgründe [3oo].

---

295) aaO S. 155 f.
296) aaO S. 156 ff., vgl. S. 152 ff.
297) aaO S. 158; Festschrift für Hellmuth Mayer, S. 2o6 Anm. 79
298) Festschr. f. H. Mayer, S. 215 f. Anm. 97
299) Festschr. f. H. Mayer, S. 199 Anm. 54
3oo) Rittler-Festschr., S. 163; Festschr. f. H. Mayer, S. 198 f., 2o4 ff.

9. Die Rechtfertigungsgründe als Gegentatbestände

Zwischen der LvdnT und der Welzelschen Richtung hat sich eine Mittelmeinung herausgebildet, die zwar die Rechtfertigungsgründe nicht zur Rechtswidrigkeit zählt, aber auch nicht dem Tatbestand einverleibt, sondern als Rechtfertigungs- oder Gegentatbestände verselbständigt, was auch schon bei Engisch, Roxin und Maihofer angeklungen war.

So stellt N o l l dem Unrechtstatbestand die "R e c h t f e r t i g u n g s t a t b e s t ä n d e" gegenüber. Den Tatbeständen liegen Normen, den Rechtfertigungsgründen Erlaubnissätze zugrunde. Tatbestand und Rechtfertigungsgrund haben eine analoge Struktur und sind auch materiell symmetrisch aufgebaut. Die Unrechtselemente des Unrechtstatbestands müssen im Fall der Rechtfertigung von mindestens gleichgewichtigen Rechtfertigungselementen eines Rechtfertigungstatbestands aufgewogen werden [3o1]. Die "Normen- und Wertkollision" ist kennzeichnendes Prinzip der Rechtfertigung. Beim nicht erfüllten Tatbestand sind die strafrechtlich geschützten Werte nicht oder nicht im erforderlichen Maß verletzt, bei der Rechtfertigung stehen den verletzten Werten gewichtigere Werte gegenüber. Noll gibt jedoch zu, daß auch viele Tatbestände bereits das Ergebnis einer Wertabwägung sind, da auch Wertkollisionen im Tatbestand eine Rolle spielen [3o2].

Ähnlich unterscheidet S c h w e i k e r t zwischen dem Verbotstatbestand als abstrahiertem Unrechtstypus, der den "strafrechtlichen Lebensraum" abgrenzt, das strafrechtlich relevante Verhalten umschreibt, und den Erlaubnissätzen, die einen selbständigen Wert verkörpern, der den Deliktsunwert aufhebt. Zwischen Verbotstatbestand und Erlaubnissätzen herrscht eine Normenkollision, typische Rechtsgutsverletzung und atypische Erlaubnissituation, Wertung und Gegenwertung stehen sich gegenüber. Die LvdnT wird von Schweikert abgelehnt, da sie nach seiner Auffassung diesem freien Konkurrenzverhältnis nicht gerecht wird und den Tatbestand einseitig an § 59 StGB orientiert [3o3]. Die irrige Annahme der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes

---

3o1) ZStW 77, 8 f., 14; ZStW 68, 183 f.
3o2) ZStW 77, 1o f.
3o3) Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, S. 35 ff.

schließt nicht den Vorsatz aus, wird aber "billigerweise" wie ein Tatbestandsirrtum behandelt [304].

Auch Hardwig spricht von "Gegentatbeständen", die einen "Straftatbestand" verneinen. Der Straftatbestand beschreibt nicht das Unrecht, sondern "die Spezifität eines vorausgesetzten Unrechts". Das Unrecht ist kein geschlossenes Erscheinungsbild, es läßt sich daher nicht als Unrecht beschreiben [305]. Wann ein Verhalten unrecht ist, ergibt sich aus der Gesamtrechtsordnung, "aus dem vielfältigen Spiel von Regel, Ausnahme, Ausnahme von der Ausnahme". Der Tatbestand ist Unrechtstatbestand, dessen Vorliegen auf zwei Stufen geprüft wird [306]. Hardwig lehnt die LvdnT jedoch ab, da die Gegentatbestände kein Unrecht beschreiben [307]. Hardwig unterscheidet zwischen Sachverhaltsirrtum und Pflichtirrtum [308]. Der Irrtum über die Tatumstände eines Gegentatbestands ist ein Sachverhaltsirrtum, der den Vorsatz ausschließt. Da jedoch der Täter in diesem Fall die Kenntnis des Eingriffs in eine fremde Rechtssphäre hat, hält Hardwig es de lege ferenda für gerechtfertigt, insbesondere beim übergesetzlichen Notstand den irrenden Täter "nicht als, sondern wie einen Vorsatztäter" zu bestrafen [309].

Auch Salm nennt die Rechtfertigungsgründe Gegentatbestände [310]. Er sieht die Tatbestände rein prozessual als "typisierende" Verdachts-, Unterstellungs- und Beschuldigungsgründe [311] und unterscheidet zwischen dem Tatbestand als "Eindrucks- und Verdachtsstufe" und als "Erwiesenheitsstufe" [312]. Die Rechtfertigungsgründe können nur die zweite Stufe ausschließen [313].

---

304) aaO S. 39
305) GA 1956, 376 f.
306) ZStW 78, 17 Anm. 24
307) ZStW 78, 14; GA 1956, 376 f,
308) ZStW 78, 11 ff.; GA 1956, 37o f.
309) ZStW 78, 22; GA 1956, 378
310) ZStW 69, 54o, 546
311) aaO 539
312) aaO 543 Anm. 35
313) aaO 546 Anm. 38, 547

Es zeigt sich, daß sich die Lehre von den Rechtfertigungs- oder Gegentatbeständen von der Lehre vom Unrechtstatbestand im Irrtumsergebnis nicht unterscheidet. Wer die Rechtfertigungsgründe aus der Rechtswidrigkeit ausgliedert, kann bei der irrigen Annahme von Rechtfertigungsvoraussetzungen keinen Verbotsirrtum annehmen.

1o. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund in der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat sich dogmatischer Stellungnahmen zur Frage des Standorts der Rechtfertigungsgründe im Verbrechensaufbau enthalten und nur die Irrtumsproblematik behandelt.

Das R e i c h s g e r i c h t geht beim Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund von seiner allgemein abgelehnten Unterscheidung von T a t i r r t u m und R e c h t s i r r t u m aus. Der außerstrafrechtliche Rechtsirrtum wird wie ein Tatirrtum angesehen und schließt gemäß § 59 StGB den Vorsatz aus. Der strafrechtliche Rechtsirrtum ist unbeachtlich. Der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes schließt also den Vorsatz aus [314]. Beim Irrtum über den Umfang eines Rechtfertigungsgrundes unterscheidet das RG , ob der Irrtum strafrechtlicher oder außerstrafrechtlicher Natur ist, ob der Rechtfertigungsgrund im Strafrecht oder anderswo, im bürgerlichen oder öffentlichen Recht, geregelt ist [315]. Teilweise werden aber auch abweichend von dieser Unterscheidung krasse Irrtümer über den Umfang eines Rechtfertigungsgrundes als unbeachtliche Strafrechtsirrtümer angesehen, ohne daß es darauf ankommt, in welcher Rechtsmaterie der Rechtfertigungsgrund zu finden ist. Das RG beruft sich hier darauf, daß der Täter gegen das Sittengesetz verstoßen oder über die strafrechtliche Verbotsnorm selbst geirrt hat [316]. Bemerkenswert ist, daß das RG mit seiner dogmatisch unhaltbaren Differenzierung in der Regel zu gerechten Ergebnissen kommt [317].

---

314) Vgl. RGSt 25, 15o; 65, 265
315) Vgl. RGSt 71, 349; 74, 95; 42, 142; 61, 258; 69, 312
316) Vgl. RGSt 4, 98; 73, 257; 74, 95; 75, 182
317) Vgl. Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 57 f.

Der B u n d e s g e r i c h t s h o f hat in BGHSt 3,1o5 ausführlich zum Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund Stellung genommen: Die irrige Annahme der Voraussetzungen eines rechtlich anerkannten Rechtfertigungsgrundes ist ein Irrtum über den Sachverhalt, ein "Tatirrtum" im Sinne von § 59 StGB. Der Täterwille beruht "im wesentlichen nicht auf Verkennung rechtlicher Grundsätze oder auf einem Hinwegsetzen über Rechtsschranken". Der Täter ist "an sich rechtstreu", da er die rechtlichen Gebote befolgen will und dies nur wegen seines Irrtums über die Sachlage verfehlt. Anders ist es beim Verbotsirrtum, wo der Täter das Richtige auf Grund eines "Erkenntnisfehlers auf dem Gebiet des rechtlichen Sollens" verfehlt und wo der Rechtsverstoß leichter erkennbar ist. Der Irrtum über den Sachverhalt hingegen ist "regelmäßig stärker und unmittelbarer und ein stärkerer Anreiz zum Handeln". Bei ihm befindet sich der Täter nicht, wie beim Verbotsirrtum,"in einem tathemmenden Zwiespalt zwischen Wollen und Dürfen". Der Irrtum über Art und Umfang eines Rechtfertigungsgrundes bei Kenntnis der Sachlage ist jedoch ein Verbotsirrtum. In diesem Sinne hat der BGH auch später stets entschieden [318]. Der BGH kommt also zu ähnlichen Ergebnissen wie die LvdnT, ohne sie jedoch zu erwähnen.

Abweichend davon hat der BGH - ebenso wie das RG [319] - die Pflicht zur gewissenhaften Prüfung der Notstandsvoraussetzungen selbst zur Voraussetzung des rechtfertigenden Notstands gemacht, um insbesondere bei leichtfertiger irriger Annahme der Voraussetzungen der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung den Täter nicht freisprechen zu müssen[32o].

Auf die Regelung des Strafgesetzbuch-Entwurfs 1962 wird zum Schluß eingegangen werden.

11. Zusammenfassung

Die Dogmen- und Problemgeschichte hat den Wandel der Tatbestandslehre und die verschiedenen Auffassungen vom Tatbestand dargelegt. Sie hat gezeigt, wie aus der ungegliederten Masse der Verbrechensmerkmale der Tatbestand als Grundbegriff im Verbrechensaufbau herausgeschält und

318) BGHSt 3,194,274,364 f.; 4,88,113; 8,357; 12,383; 16,3o9; 17,87
319) Vgl. RGSt 62,137
32o) BGHSt 3,7

allmählich mit normativem Wertgehalt angereichert wurde. Gleichzeitig ist die LvdnT, die die Rechtfertigungsgründe aus der Rechtswidrigkeit herauslöst und in den Tatbestand eingliedert, mit ihren wichtigsten Argumenten und Gegenargumenten vorgestellt worden. Die dogmengeschichtliche Entwicklung hat dahin geführt, daß sich heute im wesentlichen drei Auffassungen gegenüberstehen. Nach der einen umfaßt der Tatbestand sämtliche Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit, ist vollständige Verkörperung des Unrechts. Für die Gegenmeinung ist der Tatbestand eine Vorstufe strafrechtlicher Wertung, die aus der Fülle des Lebens sozial Auffälliges, strafrechtlich Relevantes aussondert, aber noch kein endgültiges Urteil über die Rechtswidrigkeit ausspricht, da auf der zweiten Verbrechensstufe, der Rechtswidrigkeit, noch die Rechtfertigungsgründe zu prüfen sind. Eine Mittelmeinung gliedert die Rechtfertigungsgründe aus der Rechtswidrigkeit aus und stellt sie dem Tatbestand verselbständigt als Gegentatbestände gegenüber.

II. Einleitende Bemerkungen zu den Begriffen Tatbestand, Rechtfertigung und Rechtswidrigkeit

1. Der Tatbestandsbegriff

Ehe die Untersuchung, wohin die Rechtfertigungsgründe gehören, ins einzelne gehen kann, müssen jedoch zunächst terminologische Fragen geklärt werden. Es hat sich in der Dogmengeschichte gezeigt, daß der Begriff Tatbestand verschiedene Inhalte hat und auch sonstige Tatbestandsbegriffe - wie Gesamttatbestand, Deliktstypus - nicht einheitlich gebraucht werden. Dadurch wird die Verständigung zwischen den einzelnen Theorien und eine Lösung des Problems außerordentlich erschwert. So klagt schon Beling über die "babylonische Sprachverwirrung" auf diesem Gebiet [1], und Schaffstein spricht vom "Dschungel der modernen Tatbestandslehre" [2].

Zwei Beispiele für Mißverständnisse, die auf terminologische Schwierigkeiten zurückzuführen sind, seien angeführt. Welzel wirft der Lehre vom Tatbestand als verkörperter Rechtswidrigkeit vor, zu einem circulus vitiosus zu führen: Die Tatbestandsmäßigkeit könne erst bejaht werden, wenn ihre Rechtswidrigkeit feststehe; die Rechtswidrigkeit, also das Fehlen von Rechtfertigungsgründen, erst, wenn die Tatbestandsmäßigkeit gegeben sei [3]. Von einem Zirkelschluß kann aber keine Rede sein, wenn man erkennt, daß Welzel und die Lehre von der typisierten Rechtswidrigkeit unter Tatbestand und Rechtswidrigkeit jeweils etwas anderes verstehen. Auch nach der Lehre von der typisierten Rechtswidrigkeit kann das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes erst geprüft werden, wenn der engere Tatbestand Welzels, der "positive" Tatbestandsteil, erfüllt ist. Aber erst wenn sich ergeben hat, daß keine Rechtfertigungsgründe vorhanden sind, liegt der Unrechtstatbestand vor, der notwendigerweise das Urteil "rechtswidrig" zur Folge hat [4].

Mezger schreibt mehrmals, daß das Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes

---

1) Lehre vom Tatbestand, S. 15
2) ZStW 72, 369
3) aaO 9. Aufl., § 1o III, S. 48; ZStW 67, 212 Anm. 32
4) Vgl. Engisch, Unrechtstatbestand, S. 411; Schweikert, aaO S. 117 Anm.72

den Tatbestand im übrigen unberührt läßt und nur (was der Tatbestand von vornherein offen gelassen hat) die Rechtswidrigkeit beseitigt [5]. Da er sich aber ausdrücklich zur LvdnT bekannt hat, kann er in diesem Zusammenhang unter Tatbestand nicht den Unrechtstatbestand als ganzen, sondern nur den positiven Tatbestandsteil, "das vertypte Unrecht der einzelnen Strafbestimmung" meinen [6], was von Welzel [7] und Hirsch [8] prompt im Sinne einer Gegnerschaft zur LvdnT mißdeutet wird.

Es ist daher erforderlich, die dogmatischen Begriffe genügend zu differenzieren und einheitlich zu gebrauchen, um Mißverständnisse auszuschließen und die Diskussion zu erleichtern. In der vorliegenden Untersuchung sollen möglichst einverständlich gebrauchte und nicht mit einer doppelten Bedeutung befrachtete Begriffe verwandt werden. Dabei empfehlen sich als Gegensatzpaar die Begriffe "Leitbildtatbestand" für den Tatbestand im Sinne von Welzel [9] und "Unrechtstatbestand" für den Tatbestand als vollständige Unrechtsverkörperung im Sinne der LvdnT [10]. Der Begriff "Gesamttatbestand" ist unzweckmäßig, da er teils als Unrechtstatbestand, teils als Inbegriff sämtlicher Verbrechensmerkmale verstanden wird. Auch die Begriffe Tatbestand im engeren und im weiteren Sinn sind ungeeignet, da sie zu farblos sind und auch nicht einheitlich gebraucht werden. Die Begriffe "Deliktstypus" und "Verbotsmaterie" werden im Laufe der Untersuchung durchleuchtet werden.

Auch das Verhältnis von Tatbestand und Tatbestandsverwirklichung hat zu Mißverständnissen Anlaß gegeben. Daß Tatbestand als abstrakter Begriff und Tatbestandsverwirklichung als konkreter Sachverhalt, als das diesem Begriff unterfallende menschliche Verhalten unterschieden werden müssen, ist selbstverständlich.

---

5) StB, § 34 II, S. 97; § 37 I, S. 112; LB, S. 182
6) StB, aaO; vgl. LK, § 59, Anm. I 2, S. 476
7) ZStW 76, 621Anm. 2
8) aaO S. 181 Anm. 1o6
9) Übereinstimmend gebraucht von Maurach, Armin Kaufmann (JZ 1955, 37), Hirsch (aaO S. 15) und Engisch (Mezger-Festschrift, S. 159 ff.); von Schaffstein und Roxin Indiztatbestand genannt
1o) Übereinstimmend gebraucht von Arthur Kaufmann, Engisch, von Weber, Mezger, Schröder; abweichend Gallas (ZStW 67, 31)

Rechtswidrig kan nur das tatbestandsmäßige Verhalten, nicht aber der Tatbestand sein [11]. Doch ist zu berücksichtigen, daß beim Gebrauch eines Begriffs das von ihm gemeinte reale Substrat mitgedacht wird [12].

Auch zwischen Tatbestand und S t r a f b e s t i m m u n g muß unterschieden werden. Der LvdnT ist vorgeworfen worden, daß sie dies nicht beachte, wenn sie meine, daß die Trennung von Tatbestand und Rechtfertigungsgründen nur auf technischen Erwägungen und sprachlichen Zufällen beruhe [13]. In der Tat besagt die Tatsache, daß ein Rechtfertigungsgrund nicht im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs verselbständigt, sondern in eine Einzelbestimmung des Besonderen Teils aufgenommen wurde, noch nichts darüber, ob er in den Tatbestand eingegliedert werden kann. Wenn die Rechtfertigungsgründe gegenüber dem Tatbestand eine Sonderstellung haben, so ändert ihr jeweiliger Standort im Gesetz daran nichts. Dies ist in der LvdnT teilweise mißverstanden worden. Sieht man z.B. die behördliche Erlaubnis bei Glücksspiel und Lotterie (§§ 284, 286) als Rechtfertigungsgrund an, so bleibt der Leitbildtatbestand als Angriff auf die sittliche Haltung des Volkes und auf das Vermögen durch Erregung und Ausbeutung der Spielleidenschaft erhalten [14]. Sieht man in diesen Delikten Angriffe gegen ein staatliches Spielmonopol, so bestimmt das Merkmal "ohne Erlaubnis" den Deliktscharakter und ist somit kein Rechtfertigungsgrund mehr. Eine andere Frage ist es jedoch - und auch dies will die LvdnT mit ihrem Argument zum Ausdruck bringen -, ob die im Gesetz vorhandene Regel-Ausnahme-Systematik, das Verhältnis von Verbotsnorm und Erlaubnissatz, dem Welzel so große Bedeutung beimißt, tatsächlich nur formale, gesetzestechnische, stilistische Gründe hat.

Die Dogmengeschichte hat ergeben, daß der Tatbestand verschiedene Funktionen hat. Brauchbar ist die Unterscheidung von Schaffstein und Roxin: S y s t e m t a t b e s t a n d ist die erste Stufe im Verbrechensaufbau, der Verbrechensgrundbegriff, auf dem alle anderen Verbrechensmerkmale aufbauen. Der I r r t u m s t a t b e s t a n d ist der gesetzliche Tatbestand gemäß § 59 StGB, der für Vorsatz und Tatbestandsirrtum

---

11) Vgl. Welzel, aaO § 1o I, S. 47; Hardwig, ZStW 78, 11; GA 1956, 371; Armin Kaufmann, JZ 1955, 39 ; Arthur Kaufmann, JZ 1956, 354 Anm. 18
12) Arthur Kaufmann, aaO
13) Welzel, aaO § 14 I 1, S. 78; Hirsch, aaO S. 22o und passim
14) so Welzel, aaO § 14 I 1, S. 78

relevant ist. Der Garantietatbestand ist der Tatbestand im Sinne des Grundsatzes "nullum crimen sine lege". Er umschreibt diejenigen Merkmale, die gemäß Art. 1o3 Abs. 2 GG, § 2 Abs. 1 StGB gesetzlich fixiert sein müssen und nicht durch Gewohnheitsrecht oder Analogie gewonnen werden dürfen [15], und dient der im Rechtsstaat erforderlichen Information des einzelnen, welches Verhalten strafbar ist.

Aufgabe dieser Arbeit ist es, den Standort der Rechtfertigungsgründe im Verbrechensaufbau zu bestimmen. Es ist daher der Systemtatbestand, sein Verhältnis zur Rechtswidrigkeit zu untersuchen. Es fragt sich, ob die Rechtfertigungsgründe zur ersten Stufe im Verbrechensaufbau oder erst zur zweiten Stufe, zur Rechtswidrigkeit, gehören, ob der Systemtatbestand Leitbildtatbestand oder Unrechtstatbestand ist oder ob innerhalb des Systemtatbestands zwischen Leitbildtatbestand und Gegentatbeständen unterschieden werden muß. Irrtumstatbestand und Garantietatbestand werden daher nur in zweiter Linie interessieren.

2. Die Rechtfertigung

Auch zum Begriff des Rechtfertigungsgrundes muß ein Wort gesagt werden. Rechtfertigung soll nicht bedeuten, daß eine an sich bestehende Rechtswidrigkeit ausnahmsweise nicht beachtet oder wieder aufgehoben werden soll. Das Rechtswidrigkeitsurteil wird erst gefällt, wenn das Verhalten tatbestandsmäßig und nicht gerechtfertigt ist. Gerechtfertigte Handlungen unterliegen von vornherein keinem rechtlichen Unwerturteil.

Beling hatte die negativen Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit Unrechtsausschließungsgründe genannt und in Rechtfertigungsgründe und "schlichte Unrechtsausschließungsgründe" unterteilt. Die ersteren gewähren ein Recht, eine Erlaubnis zur Vornahme der fraglichen Handlung, die letzteren heben nur das Verbot auf und haben rechtliche Irrelevanz zur Folge [16]. Das Problem, ob es zwischen der Rechtswidrigkeit und der Rechtmäßigkeit im Sinne einer rechtlichen Billigung ein Gebiet des rechtlich Gleichgültigen, Wertneutralen, einen "rechtsfreien Raum", gibt,

15) Engisch, Mezger-Festschrift, S. 131
16) Lehre vom Verbrechen, S. 168; Grundzüge, S. 14; vgl. auch Zimmerl, aaO S. 66 f.; Schaffstein, ZStW 72, 394

ist umstritten. So sagt Sauer, daß ein Handeln rechtmäßig, d.h. rechtlich erlaubt ist, wenn es nicht rechtswidrig ist. Eine rechtliche Indifferenz ist nach seiner Ansicht juristisch unmöglich und sozial untragbar [17]. Demgegenüber meint Mezger, daß die Rechtsordnung auf die Bewertung einer Handlung verzichten kann, wenn sie das Rechtsgebiet, das Zusammenleben der Rechtsgenossen nicht berührt oder nur von der Sitte erfaßt werden soll [18]. Nach Hellmuth Mayer gilt im Strafrecht überhaupt nur der Gegensatz von verboten und unverboten. Durch einen Rechtfertigungsgrund wird keine Billigung ausgesprochen, das Recht zieht nur sein Verbot und damit sein Unwerturteil zurück [19].

Dazu soll hier nur andeutungsweise folgendes gesagt werden: Richtig ist, daß für die strafrechtliche Beurteilung in erster Linie nur die Frage rechtswidrig oder nicht rechtswidrig von Bedeutung ist. Denn das Strafrecht stellt Rechtsfolgen für rechtswidriges Verhalten auf. Das schließt jedoch nicht aus, daß positive Wertungen aus anderen Rechtsteilen auch im Strafrecht zum Ausdruck kommen. Das wird insbesondere bei Rechtfertigungsgründen der Fall sein, die aus anderen Rechtsgebieten stammen und subjektive Rechte, bürgerlich-rechtliche Ansprüche oder öffentlich-rechtliche Erlaubnisse enthalten. Da das Strafrecht auf sittlichen Normen beruht, können auch positive Wertungen des Sittengesetzes übernommen werden. Wo jedoch der einem Rechtfertigungsgrund zugrundeliegende Wertkonflikt sich schon nach Maßstäben des Sittengesetzes nicht einwandfrei und allgemein einleuchtend lösen läßt, liegt der Gedanke nahe, daß sich auch die Rechtsordnung eines positiven Urteils enthalten will und nur auf das Verbot verzichtet [20].

Für die vorliegende Untersuchung wird der allgemein übliche Begriff des Rechtfertigungsgrundes beibehalten, ohne daß darin eine Stellungnahme zu der Frage liegen soll, ob oder wann die Rechtfertigungsgründe ein Recht zum Handeln verleihen oder nur ein rechtliches Verbot zurückziehen.

---

17) Allgemeine Strafrechtslehre, S. 58; ebenso Maurach, AT, § 24 III, S. 250
18) LK, § 51, Vorbem. 9 a, aa, S. 327; anders LB, S. 163, 206
19) Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953, § 21 II, S. 156
20) zur Problematik des rechtsfreien Raumes s. Engisch, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 108 (1952), S. 385 ff., 409; Philipps, ARSP 1966, 204 f.

3. Formelle und materielle Rechtswidrigkeit

Nicht einheitlich gebraucht werden auch die Begriffe f o r m e l l e und m a t e r i e l l e R e c h t s w i d r i g k e i t . So wird teilweise schon bei der Erfüllung des Leitbildtatbestands von formeller Rechtswidrigkeit gesprochen, während die Tatbestandsmäßigkeit beim Fehlen von Rechtfertigungsgründen materiell rechtswidrig sein soll [21]. Diese Unterscheidung gebraucht die Begriffe formell und materiell in unzulässiger Weise, da sie sich auf Form und Inhalt und nicht auf Regel und Ausnahme oder Indiz und Erwiesenheit beziehen. Die formelle Rechtswidrigkeit besagt daher, daß das tatbestandsmäßige und nicht gerechtfertigte Verhalten gegen die Rechtsordnung verstößt. Sie ist eine Unwerteigenschaft, die dem Verhalten von der Rechtsordnung gleichsam wie ein Etikett aufgeprägt wird. Die materielle Rechtswidrigkeit bezeichnet dagegen Wesen und Inhalt des dem formellen Rechtswidrigkeitsurteil unterworfenen Verhaltens, dessen sozialethischen Unwert [22]. So ist nach Mezger die Sozialethik als letzte Instanz der Rechtsordnung einverleibt. Sie bringt die Lebenstatsachen in ihrem wahren Sinn und Wertgehalt gegenüber dem unzulänglichen Gesetz zur Geltung [23]

---

21) Maurach, AT, § 24 III 2, S. 25o; Baumann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 19, S. 244, 246

22) Vgl. Arthur Kaufmann, Schuldprinzip, S. 13o f., 182; JZ 1956, 394; ZStW 76, 555; Mezger, LB, S. 162 ff., 197 f.; LK, § 51, Vorbem. 9 f, S. 332 f.; Sauer, Grundlagen, S. 319

23) LK, aaO

III. Sinn und Aufgabe der Verbrechenssystematik

1. Praktischer Wert und sachliche Berechtigung einer Gliederung

Die Frage nach der Stellung der Rechtfertigungsgründe könnte sich leichter beantworten lassen, wenn man Sinn und Aufgabe der Verbrechenssystematik untersucht. Ist es überhaupt sinnvoll, das Verbrechen, das sich einem unbegangenen Betrachter zunächst als eine Einheit darstellt, in einzelne Verbrechensmerkmale aufzugliedern? Verlieren der Strafrechtsdogmatiker und der ihm folgende Praktiker bei einer schrittweisen Würdigung des Verbrechens den Blick für das Ganze? Geht bei der Zerlegung in einzelne Elemente das Wesen des Verbrechens verloren, wird Zusammengehöriges getrennt, wie die "Kieler Richtung" mit ihrem Ganzheitsdenken meinte?

Die tägliche Arbeit des Strafrechtspraktikers zeigt jedoch, daß es unmöglich ist, das Vorliegen einer strafbaren Handlung sozusagen mit einem Blick, durch ganzheitliche Betrachtung des vorliegenden Sachverhalts, durch "Wesenschau" festzustellen. Mag man das Wesen des Verbrechens auch mit einem Begriff Rechtsgutsverletzung, Gemeinschädlichkeit oder sozialethische Verwerflichkeit nennen, so ergibt sich bei der Prüfung, ob im Einzelfall ein Verbrechen mit eben diesem Charakter vorliegt, wie komplex das Verbrechen als Ganzes ist. Es tauchen sofort die Fragen auf, ob überhaupt eine menschliche Handlung vorliegt, ob sie kausal für den eingetretenen Erfolg ist, ob Handlung und Erfolg der Rechtsordnung widersprechen und ob sie dem Täter persönlich vorgeworfen werden können. Diese Fragen lassen sich nur schrittweise in einer bestimmten Reihenfolge, "prozessual" [1] lösen. Zur Erfassung eines Ganzen, das in seiner Vielfalt verwirrend ist, läßt sich nur gelangen, wenn man die einzelnen Aufbauelemente, eine Eigenschaft nach der anderen unter die Lupe nimmt [2]. Die systematische Aufgliederung eines Ganzen in Teile ist ein gedanklicher Vorgang zum Zweck der Erfassung und Würdigung der Totalität, die durch die Trennung nicht in Abrede gestellt wird [3]. Was für den Praktiker erforderlich ist, muß in Lehre und Unterricht

---

1) Hall, Festschrift für H. Mayer, S. 37
2) Vgl. Arthur Kaufmann, ZStW 76, 569
3) Lang-Hinrichsen, JR 1952, 19o. Zu den verschiedenen Möglichkeiten einer Systematik s. Radbruch, Frank-Festgabe, 193o, Bd. I, S. 158 f.

erst recht gelten. Es zeigt sich, daß schon aus p r a k t i s c h e n und d i d a k t i s c h e n Erwägungen eine systematische Gliederung des Verbrechens notwendig ist.

Eine Gliederung ist aber auch aus sachlichen Gründen gerechtfertigt. Denn das Verbrechen unterliegt zwei verschiedenen W e r t u n g e n , die nur nacheinander erfolgen können: der Wertung als rechtswidrig und als schuldhaft. Die Trennung zwischen R e c h t s w i d r i g k e i t und S c h u l d , zwischen der Feststellung, daß ein Verhalten gegen die Rechtsordnung verstößt, weil es unwerthaft und daher verboten ist, und der Feststellung, daß der Täter dieses rechtswidrige Verhalten persönlich zu verantworten hat, ist heute strafrechtliches Allgemeingut und braucht nicht besonders verteidigt zu werden.

Selbstverständlich ist auch, daß die Rechtswidrigkeit vor der Schuld geprüft wird, denn notwendige Voraussetzung eines Schuldvorwurfs ist ein rechtlich mißbilligtes Verhalten. Was schon gar nicht gegen die Rechtsordnung verstößt, kann dem Täter nicht zum Vorwurf gemacht werden. Abzulehnen ist daher die in Österreich vertretene Lehre, nach der es, z.B. beim Versuch, schuldhafte, aber nicht rechtswidrige Verbrechen gibt, und die noch an der älteren Vorstellung orientiert ist, daß alles Objektive zur Rechtswidrigkeit und alles Subjektive zur Schuld gehört [4]. Schon Luden hat 1840 darauf hingewiesen, daß die Reihenfolge der Prüfung der in dem Begriff des Verbrechens enthaltenen Merkmale durch die Gesetze der Logik bestimmt wird. Das Merkmal ist voranzustellen, daß die notwendige Voraussetzung für das Dasein der anderen ist, diejenigen Merkmale sind später zu prüfen, die andere Merkmale als Voraussetzung erfordern [5].

Die Tatsache, daß das Verbrechen durch das Vorliegen von zwei Unwerteigenschaften gekennzeichnet ist, berechtigt zu einer weiteren Aufgliederung, nämlich zu der Trennung von W e r t u n g und O b j e k t d e r W e r t u n g . Es ist zwischen den normativen Urteilen "rechtswidrig" und "schuldhaft" und ihren seinsmäßigen, begrifflich umschriebenen Voraussetzungen zu unterscheiden. Rechtswidrigkeits- und Schuldkomplex bestehen daher aus den Merkmalen, die den Unrechts- bzw. Schuldgehalt verkörpern, deren Verwirklichung das Urteil "rechtswidrig" bzw. "schuldhaft" zur Folge hat, und dem Urteil selbst als Ergebnis.

4) Vgl. Nowakowski, ZStW 63, 316; Kadečka, Rittler-Festschrift, 1946, S.32 ff
5) aaO S. 110

Die Trennung zwischen dem Urteil und seinen Voraussetzungen wird auch nicht durch die sogenannte S t r u k t u r v e r s c h l i n g u n g zwischen der Wertung des Objekts und dem Objekt der Wertung [6] unmöglich gemacht. Wertung und Objekt sind insoweit verschlungen, als die der Wertung unterliegenden Merkmale selbst nicht wertneutral sind, sondern schon Wert oder Unwert in sich tragen. Die Wertung wird nicht von außen einem wertfreien Sachverhalt aufgeprägt, sondern findet ihren Grund in den Dingen selbst. Unrecht ist nicht deshalb Unrecht, weil es verboten ist, sondern deshalb verboten, weil es Unrecht ist [7]. Objekt des Rechtswidrigkeitsurteils der Rechtsordnung ist das Unrecht im materiellen Sinn, der sozialethische Unwert. Die Strukturverschlingung betrifft nur dieses materielle Unrecht. Zwischen dem formellen Urteil "rechtswidrig" und seinen materiellen Voraussetzungen ist eine Unterscheidung möglich [8].

Die Bedenken Hardwigs [9], daß man Rechtswidrigkeit und Schuld nicht als Wertungsstufen ansehen könne, weil es nicht um die Wertung von Rechtswidrigkeit und Schuld, sondern um ihre Feststellung gehe, sind nicht recht verständlich. Denn mit der Bezeichnung Wertungsstufe ist doch nur gemeint, daß das Verhalten des Täters als rechtswidrig und schuldhaft gewertet wird, nachdem man die Unrechts- und Schuldmerkmale festgestellt hat. Auch ist es entgegen Nowakowski [1o] unbedenklich, Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit nicht nur als Unwerteigenschaften, sondern auch als Urteile der Rechtsordnung über das unwerte Verhalten aufzufassen. Es ist mehr eine Frage des Blickwinkels, ob man von der Rechtswidrigkeit als einer Eigenschaft des verbrecherischen Verhaltens oder als einem Unwerturteil der Rechtsordnung spricht.

Es ist jedoch verfehlt, den Verbrechensaufbau so zu verstehen, als ob die einzelnen Verbrechensmerkmale, wie Bausteine zusammengesetzt, ein Ganzes bildeten. Das Verbrechenssystem ist keiner mathematischen oder chemischen Formel zu vergleichen, deren Glieder in fest umrissener Gestalt aneinander-

---

6) Vgl. Lang-Hinrichsen, JR 1952, 188, 3o3 ff., 356; Schröder, ZStW 65, 185 f.
7) Arthur Kaufmann, Schuldprinzip, S. 131, vgl. S. 184 f.
8) Arthur Kaufmann, aaO, S. 18o; JZ 1954, 654
9) GA 1956, 375; JZ 1961, 27o
1o) ZStW 63, 3o2

gereiht und wieder trennbar sind. Das Verbrechen ist vielmehr ein Lebenssachverhalt, der von Werturteilen durchtränkt ist, die sich überschneiden können. Wie Arthur Kaufmann betont, ist es in Wahrheit "eine unzerlegbare Einheit, es ist ganz Handlung, ganz Unrecht, ganz Schuld" [11]. Dies kommt auch durch Mezgers Handlungstatbestand gut zum Ausdruck, der den gesamten seinsmäßigen Sachverhalt des Verbrechens umfängt und aus dem die Werturteile Rechtswidrigkeit und Schuld Teile herausgreifen. Es kann aber offen bleiben, ob Unrechts- und Schuldmerkmale wenigstens teilweise identisch sind, ob ein und derselbe Sachverhalt einmal unter Unrechts- und einmal unter Schuldgesichtspunkten gewürdigt wird - was für die Frage nach dem Standort der subjektiven Unrechtselemente und des Vorsatzes von Bedeutung ist [12].

So müssen im Verbrechensaufbau zunächst die Unrechtsmerkmale geprüft werden, die das Rechtswidrigkeitsurteil begründen, danach die Schuldmerkmale, die zum Schuldvorwurf führen. Eine solche Gliederung ermöglicht eine sachgerechte Prüfung der Voraussetzungen des Verbrechens und volles Verständnis seines Wesens. Nur die Feststellung, ob überhaupt eine Handlung vorliegt, ließe sich dem noch voranstellen.

2. Ist der herkömmliche dreistufige Aufbau sinnvoll?

Was soll nun der Tatbestand, der von Beling der Rechtswidrigkeit als Verbrechensgrundbegriff vorangestellt wurde? Die Dogmengeschichte hat gezeigt, wie der Tatbestand als erste Stufe im Verbrechensaufbau entwickelt und ausgebaut wurde und wie die Lehre vom Tatbestand als typisierter Rechtswidrigkeit Tatbestand und Rechtswidrigkeit mehr und mehr verschmolz. Der dreistufige Verbrechensaufbau Belings ist damit zweistufig geworden. Dabei bedeutet es nur einen Unterschied in der Betrachtungsweise, ob man den Tatbestand seiner selbständigen Natur beraubt und als bloßen adjektivischen Zusatz zur Rechtswidrigkeit, die dann tatbestandliches Unrecht wird, ansieht [13] oder ob man der Meinung ist, daß die Rechtswidrigkeit

---

11) Schuldprinzip, S. 183; vgl. Noll, ZStW 77, 3
12) Vgl. Arthur Kaufmann, aaO; Engisch, Unrechtstatbestand, S. 435
13) Mezger, LK, Einleitung II 5, III 2, S. 9 f.; StB, AT, § 15 A, S. 43; Schröder, aaO § 1, Vorbem. 4, S. 9 ; Vorbem. 9, S. 11

als selbständige Verbrechensstufe überflüssig sei [14].

Es soll nun untersucht werden, ob der herkömmliche dreistufige Verbrechensaufbau noch seine Berechtigung hat. Insbesondere wird zu prüfen sein, ob es systematisch möglich ist, die Rechtfertigungsgründe unter der Rubrik der Rechtswidrigkeit abzuhandeln.

Im dreistufigen System ist der Tatbestand heute eine erste strafrechtliche Wertungsstufe: Verkörperung strafrechtlicher Relevanz (Welzel), typische Erscheinungsform des Unrechts (Maurach, Gallas). Diese Wertungsstufe kann aber nur eine sekundäre Bedeutung haben. Erheblich sind lediglich Rechtswidrigkeit und Schuld. Auf Schuld folgt Strafe. Rechtswidriges, nicht schuldhaftes Verhalten kann zur Notwehr berechtigen, polizeiliche Maßnahmen auslösen oder bürgerlich-rechtliche Ansprüche - etwa Schadensersatzansprüche aus Gefährdungshaftung oder Unterlassungsansprüche - zur Folge haben. Verhalten, das nur einen Leitbildtatbestand erfüllt und gerechtfertigt ist, hat - abgesehen von §§ 228 Satz 2, 904 Satz 2 BGB - keine Folgen. Die Tatbestandsmäßigkeit hat lediglich als Voraussetzung für die folgenden Verbrechensstufen Bedeutung. Die Rechtswidrigkeit ist im dreistufigen Aufbau nicht lediglich Eigenschaft, Werturteil, sondern umfaßt daneben auch einen Teil ihrer eigenen Voraussetzungen, nämlich den Komplex "Abwesenheit von Rechtfertigungsgründen". Sie ist Wertung und Objekt der Wertung zugleich. Eine solche Systematik ist logisch anfechtbar. Anstatt sauber zwischen dem Urteil und seinen Voraussetzungen zu trennen, wird ein Teil der Voraussetzungen verselbständigt, während der andere Teil ohne besondere Hervorhebung und Kennzeichnung in der Rubrik des Urteils bleibt [15].

Gegen dieses Argument wird von Welzels Anhängern eingewandt, daß jedes Verbrechensmerkmal zum folgenden Verbrechensmerkmal gehört, da es dessen Voraussetzung ist. Jedes Verbrechensmerkmal enthält außer dem ihm zukommenden Wertprädikat die Gesamtheit seiner Voraussetzungen. Die Tatbestandsmäßigkeit ist ein verselbständigter Teil der Rechtswidrigkeit, die tatbestandsmäßige Rechtswidrigkeit ist Bestandteil der Schuld. Jede vorher-

14) Baumgarten, Aufbau, S. 234 f.; Radbruch, Frank-Festg. I, S. 165 f.; Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 67; JZ 1954, 656; Engisch, Unrechtstatbestand, S. 410; Untersuchungen, S. 12

15) Vgl. Arthur Kaufmann, ZStW 76, 566 ff.; JZ 1956, 533 ff.; 1954, 654 ff.

gehende Wertung ist Bestandteil der folgenden. "Von Wertungsebene zu Wertungsebene erweitert sich die Wertskala. Es kommt jeweils ein weiteres Erfordernis hinzu: bei der Rechtswidrigkeit die Abwesenheit von Rechtfertigungsgründen, bei der Schuld das Fehlen von Entschuldigungsgründen."[16] In jeder Verbrechensstufe ist zwischen dem Gegenstand des Urteils und dem Urteil selbst zu unterscheiden: Die Tatbestandsmäßigkeit ist das typisierte, abstrakte Urteil darüber, daß die Tatbestandsmerkmale verwirklicht sind. Grundlage des konkreten Rechtswidrigkeitsurteils ist neben der Tatbestandsverwirklichung das Fehlen der Rechtfertigungsgründe, der "reinen Merkmale des Rechtswidrigkeitsurteils", die nicht der Typisierung des strafrechtlich relevanten Verhaltens dienen [17].

Gegen ein solches Verbrechenssystem ist aber zunächst einzuwenden, daß es, wie schon oben hervorgehoben, bedenklich ist, die einzelnen Verbrechenselemente als Bestandteile anzusehen. Auch kann man ein Verbrechenselement, das Voraussetzung des folgenden ist, deswegen nicht dessen Bestandteil nennen [18]. Entscheidend ist jedoch, daß Welzels Aufbau sachlich nicht gerechtfertigt ist. Eine Systematik, die dem Wesen des Verbrechens entsprechen soll, muß zum Ausdruck bringen, daß der vorliegende Lebenssachverhalt auf zwei verschiedenen Wertungsstufen betrachtet wird. Dies kann der dreistufige Aufbau nur unvollkommen leisten, weil die Grenze zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit falsch gezogen ist und auch im Rahmen der Schuld nicht zwischen Objekt und Wertung unterschieden wird. Das Gewicht wird bei der Rechtswidrigkeit einseitig auf die Abwesenheit von Rechtfertigungsgründen und bei der Schuld einseitig auf die Zurechnungsfähigkeit und das Fehlen von Entschuldigungsgründen gelegt. Die Erklärung, daß die Tatbestandsmäßigkeit Bestandteil der Rechtswidrigkeit und die Rechtswidrigkeit Bestandteil der Schuld sein soll, verschleiert dies nur und macht den Verbrechensaufbau unübersichtlich.

Auch wird man dem Verhältnis von Rechtswidrigkeit und Schuld nicht gerecht, wenn man die Rechtswidrigkeit als Bestandteil der Schuld ansieht. Zwar ist

---

16) Hirsch, aaO S. 49, ebenso S. 16 Anm. 12, S. 177, 244 f., 265; ZStW 74, 84 f. Anm. 31

17) Fukuda, JZ 1958, 146, 144; ebenso Früh, Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes, 1962, S. 78 f.

18) Vgl. Hardwig, JZ 1961, 27o; anders Baumgarten, Aufbau, S. 242

die Rechtswidrigkeit Voraussetzung der Schuld, da es ohne eine rechtswidrige Tatbestandsverwirklichung keine Schuld geben kann. Objekt des Schuldvorwurfs ist aber in erster Linie der verbrecherische Handlungswille, das Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung, bzw. die Mißachtung der gebotenen Sorgfalt, nicht aber die objektive Handlung, die schon in der Stufe der Rechtswidrigkeit abschließend gewürdigt wurde [19]. Ob der Handlungswille im Sinne der finalen Handlungslehre auch Objekt des Rechtswidrigkeitsurteils war, spielt dabei keine Rolle.

Es fragt sich, ob die Eingliederung der Rechtfertigungsgründe in die Rechtswidrigkeit etwa praktischen oder didaktischen Wert hat. Denn, wie Radbruch dargelegt hat, kann ein didaktisches System zur Sichtbarmachung der wahrhaft vorliegenden wissenschaftlichen Systematik die strenge Gliederung auflockern. "Ein didaktisches System ist nur eine Darstellungsform, im Gegensatz dazu besitzen die wissenschaftlichen Systeme Erkenntniswert: In ihnen wird Einheitlichkeit und Widerspruchslosigkeit eines Denk- oder Sachgebiets erreicht und erwiesen, jede Einzelheit im Rahmen des Ganzen nach ihrer wahren Bedeutung begriffen." [20] So betont auch Baumann, daß die Trennung von Tatbestand und Rechtfertigungsgrund ermöglicht, daß jede Handlung, die in ein geschütztes Rechtsgut eingreift, genau auf ihre Rechtswidrigkeit hin geprüft wird. Denn eine Hinrichtung könnte verkappter Mord, eine Bahn- oder Taxifahrt Freiheitsberaubung sein [21]. Die Eingliederung der Rechtfertigungsgründe in die Rechtswidrigkeit ist aber didaktisch unzweckmäßig, da sie verschleiert, daß die Abwesenheit von Rechtfertigungsgründen das zu wertende Objekt kennzeichnet, Voraussetzung der Rechtswidrigkeit ist und nicht mit dem Rechtswidrigkeitsurteil identisch ist.

In dem Unvermögen der Dreiteilung in Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld, die entscheidenden Wertungen des Verbrechens und deren Voraussetzungen einleuchtend darzustellen, zeigt sich, daß sie veraltet ist. Sie entstammt einer Zeit, in der man den Tatbestand als objektiven, wertfreien Verbrechenstypus und die Schuld als Verkörperung alles Subjektiven verstand, und ist schon durch die Entdeckung der normativen Tatbestandsmerkmale, der

---

19) anders Arthur Kaufmann, Schuldprinzip, S. 183
20) Frank-Festg. I, S. 159
21) aaO § 15 III 3 b, S. 167

subjektiven Unrechtselemente und des normativen Schuldbegriffs ins Wanken geraten. Die Dreiteilung ist daher durch die z w e i S t u f e n Rechtswidrigkeit und Schuld zu ersetzen, auf denen jeweils zwischen Objekt und Wertung unterschieden werden kann [22].

Es ist fraglich, ob es notwendig ist, den Unrechtskomplex wie Maihofer in Unrechtssachverhalt und Unrechtsvorwurf zu trennen, zwischen der Frage nach der Interessenverletzung, dem Erfolgsunwert, und der Frage nach der Pflichtverletzung, dem Handlungsunwert, zu unterscheiden [23]. Schon in den Unrechtstatbestandsmerkmalen, die zum Unrechtssachverhalt gehören, sind Erfolgs- und Handlungsunwert gleichermaßen verkörpert. Die Frage nach dem Sollen und Können, insbesondere nach der generellen Zumutbarkeit, spielt ohnehin bei den vorsätzlichen Begehungsdelikten eine geringe Rolle und taucht nur bei der Güter- und Pflichtenkollision auf. Verbrecherische Handlungen zu unterlassen ist grundsätzlich zumutbar. Nur bei der Fahrlässigkeit und bei den Unterlassungsdelikten hat die Zumutbarkeit pflichtgemäßen Handelns größere Bedeutung. Zweifelhaft ist auch die Berechtigung von Maihofers Unterscheidung zwischen Unrechtsaufhebungsgründen im Unrechtssachverhalt und Unrechtsausschließungsgründen im Unrechtsvorwurf. Dem übergesetzlichen rechtfertigenden Notstand der Pflichtenkollision, der nach Maihofer nur die generelle Zumutbarkeit und damit nicht den Unrechtssachverhalt, sondern nur den Unrechtsvorwurf ausschließen soll, muß auch eine Gestattungsnorm zugrundeliegen, die ein Dürfen zur Folge hat oder wenigstens das Verbot zurückzieht.

Setzt man voraus, daß zwischen Leitbildtatbestand und Rechtfertigungsgründen wesensmäßige Unterschiede bestehen, so läßt sich dies im Verbrechensaufbau nur so ausdrücken, daß man die Rechtfertigungsgründe verselbständigt. Leitbildtatbestand und Rechtfertigungstatbestände müßten als selbständige Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit dem Rechtswidrigkeitsurteil gegenübergestellt werden. Auf keinen Fall können die Rechtfertigungsgründe zur alten Stufe der Rechtswidrigkeit gehören. Es ist daher im folgenden zu untersuchen, ob die Verkörperung des Unrechtssachverhalts ein einheitlicher Unrechtstatbestand ist. Können die

---

22) Vgl. Arthur Kaufmann, Schuldprinzip, S. 182; Maihofer s. oben I. 8. Anm. 292)
23) Rittler-Festschrift, S. 155 ff., s. oben I. 8.

Rechtfertigungsgründe als negative Tatbestandsmerkmale angesehen werden, die sich von den übrigen Tatbestandsmerkmalen nicht wesentlich unterscheiden, oder stehen sich Leitbildtatbestand als Typisierung strafrechtlich relevanten Verhaltens und Rechtfertigungsgründe als besondere Erlaubnistatbestände gegenüber? Ist der Unterschied zwischen dem tatbestandslosen und dem einen Leitbildtatbestand erfüllenden, aber gerechtfertigtem Verhalten so schwerwiegend, daß er im Verbrechenssystem zum Ausdruck kommen muß?

IV. Das Normenproblem

1. Die Normentheorie

Wie die Dogmengeschichte gezeigt hat, spielt in der Tatbestandslehre der Gedanke eine große Rolle, daß hinter den Tatbeständen Normen stehen. Dieses Normenproblem soll zunächst untersucht werden. Liegen den Tatbeständen Normen zugrunde? Gibt das Verhältnis von Norm und Tatbestand Aufschluß über den Standort der Rechtfertigungsgründe? Dabei muß auf die Normentheorie Bindings zurückgegriffen werden.

a) Die Normentheorie Bindings

Nach Binding gehen dem Strafgesetz begrifflich und regelmäßig, aber nicht notwendig auch zeitlich Normen voraus. Der Verbrecher übertritt nicht das Strafgesetz, dessen ersten Teil er ja erfüllt, sondern die zugrundeliegende Norm [1]. Die Norm hat die Form eines Imperativs und enthält ein Verbot oder Gebot [2]. Sie läßt sich aus dem ersten Teil des Strafgesetzes ableiten und lautet: "Ihr sollt nicht töten, nicht stehlen usw." [3]. Die Norm, die in der Regel ein Satz ungesetzten Rechts ist, ist nicht Bestandteil des Strafgesetzes, sondern bildet einen ganz selbständigen Rechtssatz und kann unabhängig vom Strafgesetz ihr eigenes Schicksal haben [4]. Die Norm verkörpert das Herrscherrecht des Staates auf Gehorsam oder Botmäßigkeit, sie ist Bestandteil des öffentlichen Rechts, gehört aber nicht dem Strafrecht an. Die Strafgesetze sind lediglich Norm-Sanktionen [5]. Das Strafgesetz ist ein berechtigender Rechtssatz. Es regelt Entstehung, Inhalt und Ende des Strafrechtsverhältnisses zwischen dem Strafberechtigten und dem Verbrecher [6]. Alles Unrecht ist Normwidrigkeit [6a].

Die Normen schützen Rechtsgüter. "In der Schale des Gehorsams birgt sich eine Gutsverletzung als Kern." [7] Zweck der Normen ist es,

---

1) Die Normen und ihre Übertretung, I. Bd., 4. Aufl. 1922, S. 4,45
2) aaO S. 51
3) aaO S. 42 f.
4) aaO S. 85, 157
5) aaO S. 97
6) aaO S. 19 f. 6a) aaO S. 243, 259 f.
7) aaO S. 365; vgl. S. 54, 353 ff.

unerträgliche, rechtsschädliche Handlungen zu verbieten und unentbehrliche Handlungen, deren Unterlassung als unerträglich erscheint, zu gebieten [8]. Dem Normerlaß liegt daher eine Wertung zugrunde [9]. Ob diese Wertung auch richtig war, ergibt sich aus der Norm nicht. "Hinter Verbot und Gebot beginnt aber für den, der nach der Rechtswidrigkeit sucht, tiefster undurchdringlichster Nebel." [10]

Neben den Normen, die zu den verpflichtenden Rechtssätzen gehören, kennt Binding Gewährungen, die ausschließlich oder an erster Stelle berechtigen wollen [11]. Die Rechtfertigungsgründe verwandeln nach Bindings ursprünglicher Ansicht die Norm aus einer unbedingten in eine bedingte. Die Norm lautet also nunmehr: "Ihr sollt nicht töten, wenn nicht diese oder jene Umstände vorliegen, die Euch berechtigen oder verpflichten zu töten!" [12]

Später hat Binding die Beziehung zwischen Norm und Rechtfertigungsgrund als R e g e l - A u s n a h m e - V e r h ä l t n i s gesehen. Alle Normen sind Normen mit Ausnahmen. Die Ausnahme "verringert ... das Geltungsgebiet der Norm", "macht ... ihr Geltungsgebiet unsicher". "Neben die verbotene Tötung ist die erlaubte getreten. Die Tötung 'an sich' ist von dem Moment an weder erlaubt noch unerlaubt; sondern nur regelmäßig, nämlich sofern sie unter die Norm fällt, ist sie verboten, sobald sie unter der Ausnahme steht, ist sie es nicht." Die Ausnahme kann eine Suspendierung des Verbots, eine Befugnis oder eine Rechtspflicht bedeuten [13]. "Die Normwidrigkeit erfordert, daß die Handlung unter die Norm und nicht unter ihre Ausnahme fällt." [14]

b) Die Kulturnormen bei Max Ernst Mayer

Anders sieht M.E. Mayer das Normenproblem. Die Rechtsnormen können nach seiner Auffassung keine Befehle an die Untertanen sein, da die große

---

8) Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, 1. Bd., 1915, S. 137; Normen II. 1., 2. Aufl. 1914, S. 155 f.
9) Normen II. 1., S. 229 ff.
10) Normen II. 1., S. 161, vgl. S. 156
11) Normen I., 4. Aufl., S. 107 f.
12) Normen I., 1. Aufl. 1872, S. 52; vgl. zu den bedingten Normen 4. Aufl., S. 124 ff.
13) Normen I., 2./4. Aufl., S. 130 f.
14) Normen I., S. 196

Masse die Rechtssätze überhaupt nicht kennt [15]. Was der einzelne kennt undanerkennt, sind nicht Rechtsnormen, sondern "Kulturnormen", nämlich die Gebote und Verbote von Religion, Moral, Konvention, Verkehr und Beruf. Sie sind dem einzelnen durch die kulturelle Tradition, durch Erziehung, Ausbildung und Teilnahme am öffentlichen Leben vertraut. Auf diese Kulturnormen, die sich vielfach widersprechen können, greift der Gesetzgeber zurück. Er wählt unter ihnen aus und verleiht ihnen staatliche Anerkennung. Durch die Übereinstimmung mit den Kulturnormen finden die Gesetze ihre Verbindlichkeit und Rechtfertigung[16]. Die Rechtsnormen wenden sich im Gegensatz zu den Kulturnormen nur an die Rechtspflegeorgane, sie sind "Entscheidungsnormen" [17].

Zwischen Kultur und Recht besteht eine Wechselwirkung, denn Rechtsnormen, denen noch keine Kulturnorm entspricht, können von der Kultur rezipiert werden. Kulturfremde Rechtsnormen werden sich jedoch auf die Dauer nicht halten [18]. Eine Diskrepanz zwischen Rechts- und Kulturnormen kann sich auch bei rechtswidrigen Kulturnormen (z.B. Gebräuche einer Räuberbande, Duell) oder geschäftlichen Unsitten ergeben [19]. Kulturindifferente Normen finden sich im Polizeirecht und Verwaltungsstrafrecht [2o].

Auch die Rechtfertigungsgründe beruhen auf Kulturnormen [21]. Die Rechtfertigungsgründe sind selbst Normen und nicht bloße Ausnahmen von der Norm. Ausnahmen sind lediglich die sogenannten Privilegien, so die Indemnität der Abgeordneten gemäß § 12 StGB, aber auch Lotterie- oder Bordellerlaubnis [22].

c) Die Normentheorie bei Maurach, Welzel und Armin Kaufmann

Auch bei Maurach wird das Strafgesetz von einem Normensystem getragen[23]. Rechtswidrigkeit bedeutet bei ihm Normwidrigkeit der Tatbestandsverwirklichung im konkreten Fall.

---

15) Rechtsnormen und Kulturnormen, S. 6
16) aaO S. 16 ff.; Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1923, S. 45 ff.
17) Rechtsnormen und Kulturnormen, S. 3o, 34
18) aaO S. 23 ff. 19) aaO S. 1o4
2o) aaO S. 27 f., 116 ff.
21) aaO S. 9o ff.
22) Allgemeiner Teil, S. 27o Anm. 6, 298 ff.
23) s. oben I. 5.

Nach Welzel ist die Tatbestandsverwirklichung stets normwidrig und erst, wenn kein Erlaubnissatz eingreift, rechtswidrig. Die Erlaubnissätze verhindern, daß sich die abstrakte Norm für den Täter zur Pflicht konkretisiert. Tatbestandsmäßigkeit bedeutet Widerspruch zur Einzelnorm, Rechtswidrigkeit Widerspruch zur Rechtsordnung als Ganzer [24].

Das Verhältnis von Verbotsnorm und Erlaubnissatz untersucht Armin Kaufmann in Auseinandersetzung mit Bindings Normentheorie genauer [25]. Kaufmann entwickelt den Regel-Ausnahme-Gedanken Bindings weiter und unterscheidet wie Welzel zwischen abstrakter Norm und konkreter Pflicht. Versteht man Verbot und Erlaubnis abstrakt, so läßt sich sagen: "Dieser konkrete Akt ist gleichzeitig verboten - nämlich gekennzeichnet durch die Handlungsmerkmale des (abstrakten) Verbots - und erlaubt, d.h. behaftet mit den Merkmalen des abstrakt verstandenen Erlaubnissatzes. Diese Aussage enthält keinen Widerspruch, weil sie nur besagt, daß eine konkrete Handlung die Merkmale zweier verschiedener Begriffe aufweist." Nur konkrete Unterlassungspflicht und konkrete Erlaubnis schließen sich gegenseitig aus: "Aus einem Verbot erwächst eine Unterlassungspflicht, wenn keine Erlaubnis vorliegt. Die Erlaubnis hindert die Konkretisierung der Norm zur Pflicht. Auf der Ebene der Pflicht allein kann demnach der Gegensatz zwischen Verbot und Erlaubnissatz in concreto aufgelöst werden." [26] Das Vorliegen der Erlaubnis ist ein "negatives reines Pflichtmerkmal" [27].

An dem Regel-Ausnahme-Verhältnis Bindings hat sich damit nichts geändert, lediglich die Terminologie ist abgewandelt worden. Wer wie Binding, M.E. Mayer und Maurach [28] Rechtswidrigkeit und Normwidrigkeit identifiziert, kommt in terminologische Schwierigkeiten, da die Norm ja nur in der Regel zur Rechtswidrigkeit führt. Was gemeint ist, kommt am besten mit der Unterscheidung Verbotsnorm - Erlaubnissatz, Normwidrigkeit - Rechtswidrigkeit zum Ausdruck. Das leitbildtatbestandsmäßige Verhalten bleibt normwidrig, auch wenn es gerechtfertigt ist. Die Verbotsnorm

---

24) aaO § 1o I, S. 47; vgl. oben I. 4.
25) Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S. 238 ff.
26) aaO S. 249 f.
27) aaO S. 256
28) ebenso Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 122 ff.

kann sich nur nicht gegenüber dem Erlaubnissatz durchsetzen, das Verhalten ist rechtmäßig. Dieser Normenkollision liegt das alte Regel-Ausnahme-Verhältnis zugrunde. Die Verbotsnorm gibt nur an, was strafrechtlich relevant ist, was typischerweise, eben "in der Regel" verboten ist, und muß durch die Erlaubnissatze als Ausnahmen korrigiert werden.

d) Ergebnis

Der Gedanke, daß den Tatbeständen Normen zugrundeliegen, ist sicher richtig. Zwischen der Erkenntnis der Unwerthaftigkeit bestimmter Verhaltensweisen und ihrer Bedrohung mit Strafe muß logisch ein Verbot stehen. Etwas Unverbotenes zu bestrafen, würde dem Wesen der Strafe widersprechen. Allerdings fordert die Trennung von Norm und Strafgesetz bei Binding, M.E. Mayer und Maurach zur Kritik heraus. Es ist zu formalistisch, im Strafgesetz lediglich eine Grundlage des Strafrechtsverhältnisses zu sehen und die Verbotsnorm anderswo zu suchen. Das Strafgesetz ist keine bloße strafprozessuale Tatbestand-Rechtsfolge-Anordnung, sondern enthält die Norm selbst. Daß der Strafgesetzgeber das im ersten Teil der Strafrechtssätze umschriebene Verhalten verbieten will, kommt in der Strafandrohung hinreichend zum Ausdruck. Eine besondere öffentlich-rechtliche Verbotsnorm zu konstruieren, ist überflüssig [29]. Norm und Strafgesetz verhalten sich wie lex imperfecta und lex perfecta. Die lex perfecta ist nicht etwas anderes als die lex imperfecta, sondern etwas Vollkommeneres, weil sie durchsetzbar ist. In dem Satz "Wer tötet, wird bestraft" ist die Feststellung "Töten ist verboten" mit enthalten.

M.E. Mayer hat durch die Entdeckung der Kulturnormen den sozialen Hintergrund der Rechtsnormen aufgezeigt und dem Unrecht materiellen Gehalt gegeben. Dies bedeutet gegenüber Binding einen Fortschritt. Mayer übersieht jedoch, daß die Kulturnormen dadurch zu Rechtsnormen werden, daß der Gesetzgeber aus dem weiten Umkreis sich vielfach widersprechender Normen die seinen Wertvorstellungen gemäßen herausgreift und in den Strafgesetzen anerkennt [30].

---

29) Vgl. Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 43, 132
30) Vgl. Armin Kaufmann, aaO S. 236

2. Das Verhältnis von Norm und Rechtfertigungsgrund

Uns interessiert jedoch das Verhältnis zwischen der im Strafgesetz enthaltenen Norm und den Rechtfertigungsgründen. Lassen sich die Rechtfertigungsgründe in die Norm einbauen, oder sind sie selbständige Rechtssätze? Sind sie Ausnahmen von der Regel des Verbots, Erlaubnissätze, die der Norm selbständig gegenüberstehen, oder sind sie Bedingungen der Norm?

a) Norm und Rechtfertigungsgrund als Regel-Ausnahme-Verhältnis

Zunächst soll das Regel-Ausnahme-Denken untersucht werden. Die Regel gilt nur dann, wenn keine Ausnahme vorliegt; die Regel ist summarisch, oberflächlich und vorläufig. Sie ist abgestellt auf ins Auge fallende, typische Situationen, auf die überwiegende Mehrzahl der Fälle und muß von der Ausnahme, dem unvorhergesehenen, atypischen Sonderfall korrigiert werden. Das Vorliegen sämtlicher Regelmerkmale führt nicht notwendigerweise zum Eintritt der Rechtsfolge der Regel, sondern erlaubt nur einen Wahrscheinlichkeitsschluß. Ob die Regel im Einzelfall Anwendung findet, läßt sich nur von der Ausnahme her feststellen. Die Regel ist elastisch. Ebenso wie sie durch neue Ausnahmen eingeengt werden kann, dehnt sie ihre Wirkung wieder aus, wenn die Ausnahme wegfällt [31].

Das Verbot als Regel umschreibt einen weiten Kreis, der alle Rechtsgutsverletzungen und -gefährdungen umfaßt, die eine strafrechtliche Ahndung zu erfordern scheinen. Aus diesem Kreis greifen die Rechtfertigungsgründe als Ausnahmen wieder heraus, was sich als billigenswert oder strafrechtlich uninteressant herausstellt. Das Verbot setzt sich also erst durch, wenn kein Rechtfertigungsgrund gegeben ist. Das Regel-Ausnahme-Denken ist ein schrittweises Vorgehen, wie es der historischen Entstehung strafrechtlicher Regelungen entspricht und bei der Prüfung strafbaren Verhaltens in der Praxis erfolgt. Es ist bei einer Betrachtungsweise e x a n t e angebracht. Welche Rechtsgutsbeeinträchtigungen ein für alle mal verboten sein sollen, läßt sich ex ante nicht

---

31) Vgl. Philipps, ARSP 1964, 320 f.

mit einem Blick übersehen und auch nicht mit einem prägnanten Satz darstellen.

Bei einer Betrachtung e x p o s t aus dem Blickwinkel des den gesamten strafrechtlichen Raum überschauenden Strafrechtstheoretikers zeigt sich aber, daß die Regel von vornherein durch die Ausnahme begrenzt ist. Im Endergebnis sind eben nicht alle Tötungen verboten, sondern nur die nicht gerechtfertigten. Nach dem logischen Grundsatz vom ausgeschlossenen Dritten gibt es nur die Alternative verboten oder unverboten, nicht aber werden "an sich" bestehende Verbote zurückgezogen.

Philipps [32] verteidigt das Regel-Ausnahme-Denken: Die Rechtssätze sind im Gegensatz zu Naturgesetzen stets Regeln mit Ausnahmen, und dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis hat für die Rechtswirklichkeit seine besondere Bedeutung. Es ist ein extremer Unterschied, ob alles erlaubt ist, was nicht ausnahmsweise verboten ist - so im liberalen Staat -, oder ob alles verboten ist, was nicht ausnahmsweise erlaubt ist - so im autoritären Staat. Ebenso ist es z.B. im bürgerlichen Recht von Bedeutung, wessen Recht die Regel und wessen Recht die Ausnahme bildet. Diese Unterschiede ebnet die klassische Logik, in der der Satz vom ausgeschlossenen Dritten gilt, ein. Für sie existiert nur die Alternative verboten oder erlaubt. Der Satz "Was nicht verboten ist, ist erlaubt" läßt sich ohne weiteres umkehren. Die Bedeutung des "es sei denn, daß" kommt nicht zum Ausdruck. Philipps lehnt daher die Anwendung der klassischen Logik im Recht ab und tritt für eine effektive, intuitionistische Logik ein, die nicht von einem geschlossenen System ausgeht und daher der positiven Gesetztheit und Lückenhaftigkeit des Rechts gemäß ist. Diese Logik kann mit dem Regel-Ausnahme-Verhältnis arbeiten und somit den realen Gang von Rechtssetzung und Rechtsfindung wiedergeben [33].

Es muß zugegeben werden, daß das Regel-Ausnahme-Denken im Recht seinen Sinn hat. Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob man deswegen die klassische Logik über Bord werfen muß. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis ist ein wertvolles Hilfsmittel der Erkenntnis und eine brauchbare Darstellungsform. Es darf jedoch nicht absolut gesetzt werden. Wenn man von der

---

32) ARSP 1964, 317 ff.
33) ARSP 1964, 32o-328; vgl. ARSP 1966, 21o, 216 f.

Alternative verboten - unverboten ausgeht, die für das Strafrecht in erster Linie interessant ist, hat man ein geschlossenes System. In diesem System ist es, vom Ergebnis her gesehen, gleichgültig, ob der Kreis des Erlaubten (= Unverbotenen) durch Verbote oder der Kreis des Verbotenen durch Erlaubnisse eingeschränkt wird. Die Formulierung, daß alles verboten ist, was nicht erlaubt ist, hat dann ihren Grund nur darin, daß die Verbote in dem betreffenden Rechtssystem überwiegen, daß es daher zweckmäßig ist, nur die Erlaubnisse ausdrücklich festzulegen. Dies hat zur Folge, daß bei der Rechtsanwendung der Katalog der Erlaubnisse durchgegangen werden muß, um die Frage des Verbots beantworten zu können. Im liberalen System wäre das umgekehrt. Wenn man dem Verbot die Erlaubnisse im Sinne einer rechtlichen Billigung, einer subjektiven Berechtigung gegenüberstellt, mag wegen des möglicherweise dazwischen liegenden "rechtsfreien Raums" etwas anderes gelten.

Ähnlich hat auch im bürgerlichen Recht die Regel-Ausnahme-Darstellung "es sei denn,daß" keine Bedeutung für die materielle Berechtigung, sondern nur im Rahmen der Beweislast bei der Geltendmachung des Rechts. Im Endergebnis ist die Unterscheidung berechtigt - nichtberechtigt entscheidend.

b) Die Rechtfertigungsgründe als Einschränkung der Norm

Es fragt sich, ob sich die Betrachtungsweise ex post, vom Ergebnis her auch normlogisch zum Ausdruck bringen läßt, ob man die Rechtfertigungsgründe als Bedingung, Beschränkung oder negative Voraussetzung in die Norm eingliedern kann und ob dies zweckmäßig ist.

Wenn man die Rechtfertigungsgründe in die Norm aufnehmen will, darf man nicht von einer bedingten Norm sprechen. Der Verbotsnorm wird nicht nachträglich eine Geltungsbedingung angehängt, sondern der Normgegenstand, Verbotsmaterie und Normsubjekt, wird von vornherein begrenzt [34].

Armin Kaufmann ist jedoch der Ansicht, daß die Rechtfertigungsgründe weder die Verbotsmaterie, also das Tatobjekt oder die Tathandlung, noch

---

34) Armin Kaufmann, aaO S. 24o,92 ff.

als "negative Tätermerkmale" das Verbotssubjekt einschränken können [35]. In der Tat würde eine solche Konstruktion die Voraussetzungen der Rechtfertigungsgründe nicht wiedergeben können und Gehalt und Struktur der Rechtfertigungsgründe verfälschen. Es ist verfehlt, z.B. als Tatobjekt der Tötung nur Menschen anzusehen, die keine Angreifer, Gegner im Krieg oder zum Tode Verurteilte sind, oder als Tathandlung nur eine Tötung, die keine Verteidigungs-, Kriegshandlung oder Hinrichtung ist, oder als Tatsubjekt nur Menschen, die nicht in Notwehr oder Nothilfe handeln oder Soldat im Krieg oder Scharfrichter sind. Die LvdnT hat auch etwas derartiges nie behauptet. Die Rechtfertigungsgründe sind viel zu differenziert aufgebaut, als daß sie entweder Tatsubjekt, Tatobjekt oder Tathandlung einschränken könnten, sondern sie wirken sich auf den gesamten Norminhalt aus. Sie gliedern sich wie der Norminhalt in Subjekt, Objekt und Handlung: Gerechtfertigt sind genau festgelegte Handlungen bestimmter Personen gegen bestimmte Betroffene. So wirkt sich z.B. der Rechtfertigungsgrund Tötung im Krieg durch die Voraussetzung, daß nur Kombattanten im Kampf aufeinander schießen dürfen, auf Subjekt, Objekt und Tathandlung des Tötungsverbots aus. Ebenso darf in einem Land, wo die Todesstrafe gilt, nur der Scharfrichter einen Delinquenten auf genau vorgeschriebene Art und Weise hinrichten. Die Rechtfertigungsgründe lassen sich daher nur als Einschränkung oder negativ formulierte Voraussetzung des gesamten Normgegenstands auffassen.

Armin Kaufmann leugnet, daß das möglich ist. Zwar kann nach seiner Auffassung die Verbotsmaterie dadurch negativ beschränkt werden, daß aus gesetzestechnischen Gründen bestimmte Akte aus dem Verbot ausgeklammert werden. "Statt der Aufzählung einer ganzen Anzahl von Zweckverfolgungen, unter denen eine Handlung verboten ist, kann auch der umgekehrte Weg gewählt werden, diejenigen Zweckverfolgungen auszunehmen, unter denen eine bestimmte Handlung nicht verboten ist; der Effekt ist der gleiche: Bestimmung der Verbotsmaterie." Ein Regel-Ausnahme-Verhältnis liegt dann nicht vor [36]. Als Beispiel dient Kaufmann die Norm:

> "Das Betreten des Weinberggeländes ist verboten, es sei denn zum Erreichen der jenseits gelegenen Anwesen."

---

35) aaO S. 241 ff., 248
36) aaO S. 251 f.

Dieser logische Sachverhalt soll jedoch bei den Rechtfertigungsgründen nicht gegeben sein [37]. Durch die Rechtfertigungsgründe werden nicht bloß bestimmte Akte aus dem Verbot ausgeklammert, sondern dem rechtsgutsverletzenden Verhalten, das grundsätzlich verboten ist, wird eine gebilligte Zweckverfolgung gegenübergestellt, die aber nur dann gebilligt wird, wenn die Verletzungshandlung zur Erreichung des Zwecks e r f o r d e r l i c h ist. Kaufmann erläutert dies an der Bestimmung:

> "Es ist verboten, das Weinberggelände zu betreten, außer wenn dies erforderlich ist, um eines der jenseitigen Anwesen zu erreichen."

Hier soll der Ordnungseffekt der Vorschrift ein anderer sein als bei der ursprünglichen Fassung des Verbots. Durch das Merkmal der Erforderlichkeit ist es notwendig geworden, alle Mittel zur Erreichung des gebilligten Zwecks miteinander zu vergleichen. Es darf nur das Mittel gewählt werden, das das geschützte Rechtsgut am wenigsten beeinträchtigt. Dieser Vergleich kann nicht innerhalb des Tatbestands vorgenommen werden. Die Erforderlichkeit ist für Armin Kaufmann ein generelles Strukturprinzip der Rechtfertigungsgründe und identisch mit dem Werturteil "gerechtfertigt". Sie ist ebenso wenig wie die Rechtswidrigkeit Bestandteil der Verbotsmaterie, sondern kann erst bejaht werden, wenn die Rechtsgutsverletzung, also Tatbestandsmäßigkeit oder Normwidrigkeit, feststeht. "Hinsichtlich der Existenz hat das der Norm zugrundeliegende Werturteil das logische (nicht auch zeitliche) Primat gegenüber der Rechtfertigung ... Nur ein Verteidigungsakt, der bereits die Merkmale der Verbotsmaterie erfüllt, ist Gegenstand der Rechtfertigung." Anders ist es mit der Wirkung: Das Rechtfertigungsurteil geht dem Urteil der Norm als Kollisionsurteil vor.

Es ist jedoch nicht zwingend, daß die Einschaltung des Merkmals "erforderlich" die Norm sprengt und zu einer Normenkollision führt [38]. Richtig ist, daß durch dieses Merkmal die Rechtsgutsverletzung, deren Rechtfertigung in Frage steht, gewertet und mit anderen Mitteln zur Erreichung des gebilligten Zwecks verglichen werden muß. Die Prüfung der

---

37) aaO S. 253 ff.; vgl. JZ 1955, 4o
38) Vgl. auch Roxin, aaO S. 127

Rechtfertigung setzt daher voraus, daß schon eine Rechtsgutsverletzung vorliegt. Dies schließt jedoch nicht aus, daß die Wertung der Rechtsgutsverletzung innerhalb der Norm erfolgen kann. Die Behauptung Armin Kaufmanns, daß sich der Tatbestand, die Verbotsmaterie, in der Rechtsgutsbeeinträchtigung erschöpfe, ist eine petitio principii.

Schon bei Kaufmanns erstem Beispiel wird man die Formulierung "es sei denn zum Erreichen der jenseits gelegenen Anwesen" so auslegen müssen, daß nur ein möglichst schonendes Betreten gestattet ist, so daß insofern auch eine Bewertung des Verhaltens innerhalb der Norm notwendig ist. Das Merkmal "erforderlich" ist auch nicht mit dem Werturteil "gerechtfertigt" identisch. Es ist nicht einmal ein generelles Strukturprinzip der Rechtfertigungsgründe, da es bei der rechtfertigenden Einwilligung fehlt. Die Einwilligung bezieht sich schlechthin auf bestimmte Rechtsgutsverletzungen, ohne daß es noch einer Abwägung der Erforderlichkeit bedarf. Unrichtig ist es, bei der Einwilligung nur von einer Einschränkung des Kreises der Normsubjekte, einer Ausnahme bestimmter Täter vom Verbot zu sprechen, die keinen Rechtfertigungsgrund im eigentlichen Sinn darstelle[39]. Auch die Einwilligung schränkt nicht ein einzelnes Tatbestandsglied ein, sondern nimmt bestimmte Handlungen bestimmter Täter gegen bestimmte Personen vom Verbot aus.

Bei den übrigen Rechtfertigungsgründen ist mit der Feststellung, daß die Rechtsgutsverletzung zur Erreichung des gebilligten Zwecks erforderlich war, die Prüfung ihrer Rechtfertigung nicht immer abgeschlossen. Die zur Abwehr an sich erforderliche Notwehrhandlung kann einen Rechtsmißbrauch darstellen. Eine zur Verteidigung von Sachgütern erforderliche Tötung verstößt gegen Art. 2 Europäische Menschenrechtskonvention und ist rechtswidrig. Beim übergesetzlichen Notstand ist neben der Feststellung der Erforderlichkeit noch eine Güterabwägung notwendig. Ebenso spielt beim Verteidigungsnotstand gemäß § 228 BGB und beim Angriffsnotstand gemäß § 9o4 BGB die Frage der Verhältnismäßigkeit eine Rolle. Selbst wenn jedoch nach der Prüfung der Erforderlichkeit der Rechtsgutsverletzung ihre Rechtfertigung feststehen würde, so wäre die Erforderlichkeit nicht mit dem Urteil "gerechtfertigt" oder "rechtmäßig"

---

39) so Armin Kaufmann, aaO S. 254 Anm. 71

identisch, sondern nur das letzte Glied in der Kette der Rechtfertigungsvoraussetzungen, das notwendigerweise zu der Rechtsfolge gerechtfertigt führt. Die Erforderlichkeit findet sich auch im Leitbildtatbestand - z.B. in § 143 StGB "gehörige Aufsicht", in § 17o d StGB "ausreichende Nahrung oder Wartung", in § 33o c StGB "erforderliche Hilfeleistung" - mit der Folge, daß Tatbestandsteile gewertet werden müssen.

Es ist daher möglich, eine Verbotsnorm aufzustellen, die abschließend angibt, was verboten ist. Diese Norm ist zweiteilig, sie enthält die Rechtsgutsbeeinträchtigung und als Einschränkung die Rechtfertigungsgründe mit negativem Vorzeichen: Verboten sind nur die Rechtsgutsverletzungen und -gefährdungen, die nicht unter einen Rechtfertigungsgrund fallen.

Unrichtig ist die Auffassung, daß die Rechtfertigungsgründe als bloße Einschränkungen der Verbotsnorm den Betroffenen nicht zur Duldung verpflichten könnten, da nur ein subjektives Recht, nicht aber das Unverbotene eine Duldungspflicht zur Folge habe [40]. Der Begriff des subjektiven Rechts hat im Strafrecht, für das nur die Alternative verboten oder unverboten interessiert, keine Bedeutung [41]. Unverbotene Handlungen, sei es nun Notwehr oder Selbsthilfe oder etwas rechtlich völlig Irrelevantes, haben die Betroffenen zu dulden. Denn Abwehrhandlungen gegen sie sind rechtswidrig. Das Beispiel Hirschs, daß es unverboten ist, Bekannte zu einem Autoausflug einzuladen, daß diese aber nicht verpflichtet sind teilzunehmen, ist schief. Die Einladung kann tatsächlich nur geduldet, d.h. zur Kenntnis genommen werden. Daß man nicht gezwungen ist, sie anzunehmen, beruht darauf, daß es eben nicht unverboten ist, jemanden gegen seinen Willen im Auto zu entführen.

c) Ergebnis

Sowohl das Regel-Ausnahme-Denken mit seiner Unterscheidung zwischen Verbotsnorm und Erlaubnissatz als auch die Auffassung, daß die Verbotsnorm von vornherein durch die Rechtfertigungsgründe eingeschränkt ist,

40) Hirsch, aaO S. 275 f.
41) Vgl. Arthur Kaufmann, JZ 1956, 355 f.

haben ihre Berechtigung. Bei der praktischen Prüfung mit dem Blick ex ante ergibt sich das verbotene Verhalten aus dem Zusammenspiel von Regel und Ausnahme, Verbotsnorm und Erlaubnissatz. Die eingeschränkte Verbotsnorm gibt bei einer zusammenfassenden, alles überschauenden Sicht an, was ein für alle mal verboten ist. Daher ist auch der Begriff "Verbotsmaterie" zweideutig. Er bezeichnet einmal den Inhalt der Regelnorm, einmal den Inhalt der umfassenderen eingeschränkten Verbotsnorm.

Das Regel-Ausnahme-Verhältnis ist dem gesetzlichen Aufbau zugrundegelegt, weil es allein der Vielfalt und Unübersichtlichkeit strafrechtlich zu regelnder Lebenssachverhalte gerecht werden kann und schon im vorrechtlichen Raum vorhanden ist. Auch in der Kultur lassen sich nicht für jede Situation absolute Regeln aufstellen. Neue Entwicklungen sind unvorhersehbar, so daß man elastischer Regelungen bedarf [42]. Was rechtswidrig ist, läßt sich nur schrittweise feststellen, die Bewertung "rechtswidrig" ist das Ergebnis eines Prozesses. Verbotsnorm und Erlaubnissatz stellen für den Praktiker fruchtbare Arbeitsbegriffe dar. Aus dieser Sicht ist das Regel-Ausnahme-Verhältnis etwas sachlich dem Strafrecht Vorgegebenes. Es gibt die für das Strafrecht entscheidende Wertung, die Rechtswidrigkeit, noch nicht endgültig wieder, sondern führt zu ihr hin.

Anders verkörpert die durch die Rechtfertigungsgründe eingeschränkte Verbotsnorm abschließend, was wirklich und nicht nur in der Regel verboten ist. Ist das Regel-Ausnahme-Verhältnis als erkenntnistheoretisches Instrument an der Wirklichkeit orientiert, so ist die die Rechtswidrigkeit verkörpernde Verbotsnorm eine materielle Wertnorm. Sie muß aber zu diesem Zweck erst gedanklich konstruiert werden, indem man alle Merkmale, die zu dem Urteil "rechtswidrig" führen, zusammensetzt und den Leitbildtatbestand mit seinen Merkmalen als positiven, die Rechtfertigungsgründe mit ihren Merkmalen als negativen Teil der Norm auffaßt. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis demgegenüber ist im Rechtsstoff und im Gesetz vorgegeben.

---

42) Vgl. Philipps, ARSP 1964, 321 Anm. 12

Daß das Regel-Ausnahme-Verhältnis nicht überbewertet werden darf, ergibt sich schon daraus, daß es der Gesetzgeber selbst nicht konsequent durchführen konnte. Bei den "offenen" Tatbeständen Nötigung und Erpressung ergibt sich die Rechtswidrigkeit nicht dadurch, daß man einen Katalog von Ausnahmen durchgeht und somit über die Geltung der Regel befindet, sondern die Rechtswidrigkeit muß positiv durch Feststellung der Verwerflichkeit begründet werden. Zwar ist es immer noch sinnvoll, die Rechtfertigungsgründe zu prüfen, da bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes die Verwerflichkeit entfällt. Aber ihr Fehlen läßt noch keinen endgültigen Schluß auf die Rechtswidrigkeit zu. Diese Abweichung hat ihren Grund darin, daß Nötigungs- und Erpressungshandlungen ein zu verschiedenes Gewicht haben, als daß sie sich auf den Nenner einer Regelnorm strafrechtlicher Relevanz oder Typizität bringen ließen, die nur noch von den wenigen Ausnahmen der Rechtfertigungsgründe korrigiert werden müßte. Den offenen Tatbeständen liegt daher keine Normenkollision, sondern nur eine Verbotsnorm zugrunde, die mit Hilfe der Generalklausel "verwerflich" alle verbotenen Verhaltensweisen umfaßt.

Ein einheitliches, allen Tatbeständen gleicherweise zugrundeliegendes Normensystem gibt es nicht. Da Regel-Ausnahme-Verhaltnis und eingeschränkte Verbotsnorm beide ihren Sinn haben, erscheint es fraglich, ob die Normentheorie geeignet ist, Erkenntnisse über die Frage des Verbrechensaufbaus zu vermitteln. Die LvdnT kann nicht mit Hilfe der Normentheorie begründet, aber auch nicht widerlegt werden. Ob es sachlich notwendig ist, im Unrechtskomplex Tatbestand und Rechtfertigungsgründe einander gegenüberzustellen, muß aus anderen Gesichtspunkten beantwortet werden. Es ist zu prüfen, ob zwischen tatbestandslosem und tatbestandsmäßigem, aber gerechtfertigtem Verhalten ein wesentlicher, materieller Wertunterschied besteht.

3. Normentheorie und Imperativentheorie

Steht die Gegenüberstellung von Verbotsnorm und Erlaubnissatz, deren praktische Bedeutung dargelegt wurde, noch im Banne der Imperativentheorie, wie Arthur Kaufmann meint [43]?

---

43) JZ 1956, 355

Für die Imperativentheorie ist die Rechtsnorm ein Befehl des Staates an seine Bürger, eine Bestimmungsnorm. Dies wird heute überwiegend abgelehnt mit der Begründung, daß dem Befehl zeitlich und logisch eine Wertung vorausgehen muß. Ehe der Gesetzgeber befiehlt, muß er sich schlüssig sein, was er befehlen soll, was als gut oder schlecht zu beurteilen ist. Diese Bewertung rechtlich zu ordnender Sachverhalte macht das Wesen der Rechtsnorm aus. Der Imperativ ist lediglich das Mittel zur Durchsetzung der Wertung. Primar ist die Rechtsnorm objektive Bewertungsnorm und erst sekundär Bestimmungsnorm [44].

Wenn man von einer Verbotsnorm spricht und diese dem Erlaubnissatz gegenüberstellt, so bedeutet dies jedoch noch kein Bekenntnis zur Imperativentheorie. Die Verbotsnorm ist nicht nur ein Befehl, sondern enthält auch eine negative Bewertung. Ob der Bewertungs- oder Bestimmungscharakter überwiegt, braucht hier nicht entschieden zu werden. Die Anerkennung von selbständigen Erlaubnissätzen spricht sogar gegen die Imperativentheorie, die nur Befehle kennt. Die Erlaubnissätze sind das Gegenteil eines Imperativs, sie sind "negative Geltungsanordnungen" [45] und heben das Verbot auf, indem sie eine Erlaubnis gewähren oder eine Handlung zur unverbotenen erklären. Ihnen liegt eine positive Wertung zugrunde oder wenigstens die Feststellung, daß der Gesetzgeber sich hier eines negativen Urteils enthalten hat.

Aber auch die LvdnT ist keine späte Nachblüte der Imperativentheorie, weil sie die Selbständigkeit der Erlaubnissätze leugnet [46]. Denn die LvdnT betont gerade den bewertenden Charakter der Norm. Die Frage der Berechtigung der Regel-Ausnahme-Darstellung von Verbotsnorm und Erlaubnissatz beantwortet sich unabhängig vom Streit um die Imperativentheorie. Die formale Struktur der Norm als Bewertungs- oder Bestimmungsnorm gibt keinen Aufschluß über ihren Inhalt und Umfang [47].

---

44) Mezger, GS 89, 241; LB, S. 164 ff.; Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 137 ff.
45) Larenz, Methodenlehre, 2.Aufl., S. 214
46) so Welzel, aaO § 14 I 1, S. 78
47) Engisch, Unrechtstatbestand, S. 423

V. Bestehen sachliche Unterschiede zwischen Tatbestand und Rechtfertigungsgrund?

Es soll nunmehr untersucht werden, ob im Unrechtskomplex entsprechend der Normenkollision von Verbotsnorm und Erlaubnissatz zwischen Tatbestand und Rechtfertigungstatbeständen unterschieden werden muß. Besitzt das normlogische Regel-Ausnahme-Verhältnis einen sachlichen Gehalt, oder ist es lediglich ein Instrument der Gesetzestechnik?

Ist die Stufe strafrechtlicher Relevanz, die beim Vorliegen der Voraussetzungen des Leitbildtatbestands überschritten werden soll und auf die die Lehre vom Leitbildtatbestand immer wieder hinweist, so erheblich, daß sie im Verbrechensaufbau durch eine Aufgliederung des Unrechtstatbestands zum Ausdruck kommen muß, oder ist der Übergang vom rechtlich Bedeutungslosen über die strafrechtliche Relevanz zum Rechtswidrigen fließend, so daß sich überhaupt kein Einschnitt machen läßt? Es liegt nahe, beim Vorliegen sämtlicher Merkmale des Leitbildtatbestands erst einmal haltzumachen und festzustellen, daß ein Rechtsgut verletzt worden ist - ein schwerwiegender und schmerzvoller Vorgang [1], der sich, auch wenn er gerechtfertigt sein sollte, von einem tatbestandslosen Verhalten wesensmäßig unterscheidet. Erst dann wäre unter schweren Bedenken einzuräumen, daß dies zur Durchsetzung eines höherrangigen Rechtsguts notwendig war. Diese Rechtsgüterkollision würde vielleicht nicht recht deutlich werden, wenn man die Rechtfertigungsgründe dem Tatbestand einverleibt und somit den sonstigen Tatbestandsmerkmalen gleichstellt.

1. Die strafrechtlich relevante Rechtsgutsverletzung und die Rechtsgüterkollision als Abgrenzungskriterium

Ob die rechtlich relevante Rechtsgutsverletzung Kennzeichen der Tatbestandsmäßigkeit ist, ob zwischen Tatbestand und Rechtfertigungsgrund eine Rechtsgüterkollision herrscht, soll an einzelnen Strafbestimmungen untersucht werden. In der Tat kollidieren z.B. bei der Tötung in Notwehr Leben und angegriffenes Rechtsgut, bei der Schwangerschaftsunterbrechung Leben der Leibesfrucht und Leben der Mutter, bei der Ausübung des

---

1) Hellmuth Mayer, Strafrecht, S. 1o7

Züchtigungsrechts körperliches Wohlbefinden des Zöglings und Erziehungsrecht, bei der Sachbeschädigung im bürgerlich-rechtlichen Notstand fremdes Eigentum und gefährdetes Rechtsgut.

Kern eines jeden Tatbestands ist eine R e c h t s g u t s v e r l e t z u n g oder - g e f ä h r d u n g . Die Tatbestände erschöpfen sich jedoch nicht in der Beschreibung von Rechtsgutsverletzungen, sondern enthalten auch einschränkende Modalitäten. Vermögensschädigungen sind nicht generell, sondern nur unter bestimmten Umständen, die z.B. in §§ 263, 253 StGB aufgeführt sind, strafbar [2]. Die Privilegierungen wirken sich einschränkend aus, indem sie das Unrecht bestimmter Rechtsgutsverletzungen durch Hinzufügen von Merkmalen, die die Rechtsgutsverletzung in einem milderen Licht erscheinen lassen, mindern.

Auch r e c h t l i c h e R e l e v a n z kann schon vorliegen, ehe der Tatbestand erfüllt ist [3]. Erhebliche, aus dem Rahmen des sozial Üblichen fallende Rechtsgutsverletzungen brauchennoch nicht zur Tatbestandsmäßigkeit zu führen. Im Rahmen des Diebstahlstatbestands liegt schon bei Gebrauchsanmaßung eine Rechtsgutsverletzung vor, die - abgesehen von §§ 248 b, 290 StGB - zivilrechtliche Folgen haben kann. Sittenwidriges Verhalten ist nicht generell verboten, obwohl es erheblich aus der sozialethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens herausfallen kann. Unzucht wird nur in krassen Fällen bestraft, obwohl sie strafrechtlich relevant ist, wie die Strafbarkeit ihrer Förderung durch Kuppelei zeigt. Bei der Qualifizierung werden unrechtserhöhende Merkmale in den Tatbestand aufgenommen, die weitere Rechtsgutsverletzungen zum Gegenstand haben können - z.B. beim Einbruchsdiebstahl Sachbeschädigung und Hausfriedensbruch. Die strafrechtliche Relevanz des Grunddelikts wird erhöht.

Es zeigt sich, daß die strafrechtlich relevante Rechtsgutsverletzung zur materiellen Abgrenzung des Tatbestands nicht geeignet ist [4]. Die strafrechtliche Relevanz ist ein viel zu unscharfer Begriff und entwickelt sich im Tatbestand stufenweise, wie z.B. das Verhältnis von furtum usus, Mundraub, Notdiebstahl, einfachem und schwerem Diebstahl zeigt.

---

2) Vgl. Schaffstein, ZStW 72, 390 ff.
3) Vgl. Engisch, ZStW 70, 590 ff.
4) Ebenso Roxin, aaO S. 179 f.

Rechtsgüter- oder Interessenkollisionen treten auch schon im Tatbestand auf. Heute ist es in der Literatur ganz überwiegend anerkannt, daß die ärztliche Operation zu Heilzwecken schon tatbestandsmäßig keine körperliche Mißhandlung oder Gesundheitsbeschädigung darstellt [5]. Dies beruht auf einer Interessenabwägung in der Person des Rechtsträgers. Das Augenblicksinteresse an Wohlbefinden und körperlicher Unversehrtheit, das durch einen Eingriff beeinträchtigt wird, weicht übergeordneten Gesundheitsrücksichten.

Interessenkonflikte können auch den privilegierten Tatbeständen zugrundeliegen. Bei Notdiebstahl und Notbetrug kollidieren fremdes Eigentum bzw. Vermögen und die Notlage des Täters. Diese Kollision führt zwar nicht zum Unrechtsausschluß, aber zur Unrechtsminderung. Überhaupt ist bei den Privilegierungen - etwa Tötung auf Verlangen, Kindstötung und Mundraub - der Vergleich mit der Rechtfertigung naheliegend [6]. In diesen Fällen werden ebenfalls zu weit gezogene Tatbestände "nachträglich" wieder eingeschränkt. Rechtfertigung und Unrechtsminderung unterscheiden sich nur quantitativ, nicht qualitativ.

Rechtsgüterkollision gibt es auch im Rahmen des Tatbestands der Unterlassungsdelikte, wenn man davon ausgeht, daß im Tatbestand die Frage der Zumutbarkeit eine Rolle spielt [7]. Was zumutbar ist, ergibt sich aus einer Güter- und Pflichtenabwägung. So bestimmt auch § 330 c StGB, daß die Hilfeleistung zumutbar, "insbesondere ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten möglich" sein muß. Ähnlich ist es bei den fahrlässigen Delikten. Schon bei der Prüfung der objektiv erforderlichen Sorgfalt, die als Voraussetzung der Rechtswidrigkeit im Tatbestand erfolgen muß [8], können Rechtsgüterkollisionen eine Rolle spielen. Beim erlaubten Risiko, das im Rahmen der objektiv erforderlichen Sorgfalt zu prüfen ist, werden zur Erreichung höherrangiger Zwecke Rechtsgutsgefährdungen gebilligt. Die Opfer, die der moderne Verkehr oder der Betrieb lebenswichtiger Industrien auch bei Beachtung der

---

5) Vgl. Schönke-Schröder, § 223, Anm. 8 ff., S. 1085 ff.; a.A. die Rechtsprechung, vgl. BGHSt 11, 111
6) Vgl. Schaffstein, Festschrift OLG Celle, S. 185 f.
7) Schönke-Schröder, § 1, Vorbem. 94, S. 34 mit weiteren Zitaten; a.A. Welzel, aaO § 68 I 3 b, S. 452; Maurach,AT, § 46 III F 1, S. 520 f.; BT, § 51 II B, S. 472
8) Streitig, vgl. Welzel, aaO § 18 I 1, S. 126 ff.; Arthur Kaufmann, Schuldprinzip, S. 227 f.; Maihofer, ZStW 70, 186 ff.

verkehrsmäßigen Sorgfalt erfordert, müssen in Kauf genommen werden [9].

Eng im Zusammenhang damit steht das Problem der s o z i a l e n A d - ä q u a n z . Um den Tatbestand als Stufe strafrechtlicher Relevanz zu erhalten, scheidet Welzel neuerdings wieder alle Verhaltensweisen aus, die völlig im Rahmen der geschichtlich gewordenen sozialethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens liegen, also sozialadäquat sind [10]. Wie Welzel schon früher ausgeführt hatte, führen die einzelnen Rechtsgüter keine isolierte, unangetastete Existenz, sondern beeinträchtigen sich, schränken sich gegenseitig ein [11]. So werden Rechtsgutsverletzungen, die unerheblich, allgemein üblich und unvermeidbar sind, aus dem Tatbestand ausgeklammert. Rechtsgüterkollisionen und Güterabwägungen finden sich auch hier.

Allerdings ist die Sozialadäquanz ein recht fragwürdiges Prinzip zur Begrenzung des Leitbildtatbestands. Das Urteil darüber, was noch im Rahmen der sozialen Ordnung liegt und was aus ihr herausfällt, kann sehr unterschiedlich ausfallen und sich rasch wandeln. So war selbst Welzel 1939 der Ansicht, daß eine Tötung im Krieg sozialadäquat ist [12]. Arthur Kaufmann hält jedes gerechtfertigte Verhalten für sozialadäquat, da es normaler Bestandteil des Soziallebens ist [13]. Nach Schaffstein läuft die Grenze der Sozialadäquanz vielfach mitten durch die Rechtfertigungsgründe hindurch, zwischen Sozialadäquanz und Rechtfertigung besteht kein materieller Unterschied [14]. Diese Differenzen beruhen darauf, daß das Urteil über die Sozialadäquanz eines Verhaltens sich weniger mit juristischer Logik, als vom Rechtsgefühl her fällen läßt.

Es ist auch fraglich, ob man das Verhältnis von Tatbestand und Rechtfertigungsgrund mit einer Rechtsgüterkollision oder Wertabwägung erklären

---

9) A.A. z.B. Maurach, AT, § 43 II B 2, S. 467 ff.: Ausschluß der Tatverantwortung

10) 1o.Aufl., § 1o IV, S. 52 ff.; a.A. Maurach, AT, § 24 I A, S. 245; § 43 II B 2, S. 467 ff.; § 44 II A, S. 472 f.: Ausschluß der Tatverantwortung; Hirsch, aaO S. 283 ff., ZStW 74, 87 ff., insbes. 126 ff.: Sozialadaquanz als Auslegungsgrundsatz für Tatbestandsmerkmale

11) ZStW 58, 527

12) aaO; a.A. in ZStW 76, 623 Anm. 11

13) JZ 1954, 657; ebenso v. Weber, Mezger-Festschr., S. 188; Lang-Hinrichsen, JR 1952, 3o6

14) ZStW 72, 385, 394 f.; ebenso Schröder, aaO § 1, Vorbem. 8, S. 1o f.

kann [15]. Denn nicht alle Rechtfertigungsgründe sind Gegenrechte zum Eingriff in kollidierende Rechtsgüter oder Interessen. Bei der Einwilligung gibt der Rechtsträger selbst sein Recht zum Eingriff preis. Eine Kollision zwischen den Interessen des Eingreifenden und des Rechtsinhabers, wie sonst bei den Rechtfertigungsgründen, liegt nicht vor. Was der Täter für ein Interesse am Eingriff hat, ist - abgesehen von der Schranke der Sittenwidrigkeit - gleichgültig. Noll weist jedoch darauf hin, daß es in der Person des Rechtsträgers zu einer Kollision zwischen dem geschützten Rechtsgut und der freien Willensbestimmung komme. Der Strafschutz falle bei der Einwilligung nur deshalb weg, weil die Freiheit einen höheren Wert als das geschützte Rechtsgut habe [16]. Diese Wertabwägung läßt sich allerdings nur schwer mit den sonst bei der Rechtfertigung vorliegenden Kollisionen vergleichen.

Überhaupt ist es bedenklich, ein allgemeines R e c h t f e r t i g u n g s p r i n z i p aufzustellen. Der Grundsatz der Notwehr, daß Recht nicht dem Unrecht zu weichen braucht, die Güterabwägung beim Notstand, das Prinzip "volenti non fit iniuria" lassen sich nur dann auf einen Nenner bringen, wenn man sehr verallgemeinert und von den charakteristischen Besonderheiten absieht. Ein allgemeines Prinzip der Rechtfertigung - etwa die Zwecktheorie (nicht rechtswidrig ist die Verfolgung eines rechtlich anerkannten Zwecks mit angemessenen, rechten Mitteln) oder das "Mehr Nutzen als Schaden-Prinzip" - ist notwendigerweise so unbestimmt und inhaltsleer, daß es zur materiellen Gliederung des Tatbestands ungeeignet ist [17].

2. Der Unterschied zwischen tatbestandsausschließender und rechtfertigender Einwilligung

Verweilen wir noch etwas bei der Einwilligung. Die LvdnT hat sich zur Stützung ihrer These, daß die Unterscheidung zwischen Tatbestand und Rechtfertigungsgrund rein zufällig und technisch bedingt ist, auf die Einwilligung berufen, die teils als Rechtfertigungsgrund geregelt, teils

---

15) Noll, ZStW 77, 9 f.; ZStW 68, 183
16) ZStW 77, 15 ff.; ZStW 68, 183
17) Maurach, AT, § 25 III, S. 253 f.; vgl. Schröder, aaO § 51, Vorbem. 1o a, S. 393

in die einzelnen Tatbestände aufgenommen sei [18]. Ist die Unterscheidung zwischen tatbestandsausschließender und rechtfertigender Einwilligung berechtigt?

Die Einwilligung schließt den Leitbildtatbestand aus z.B. bei Hausfriedensbruch, Notzucht, Entführung und Nötigung. Wer mit Einwilligung eine fremde Wohnung betritt, dringt nicht ein, die "vis haud ingrata" ist keine Nötigung zum Beischlaf, eine Entführung setzt fehlendes Einverständnis voraus, wer einverstanden ist, kann nicht genötigt werden. Die geschützten Rechtsgüter Hausrecht, geschlechtliche Selbstbestimmung und Willensfreiheit werden bei Einwilligung nicht verletzt. Anders ist es aber z.B. bei Körperverletzung, Freiheitsberaubung und Sachbeschädigung, wo die Einwilligung die Rechtsgutsverletzung nicht beseitigt.

Dieser Unterschied beruht jedoch nicht darauf, daß die rechtfertigende Einwilligung eine schwächere Wirkung hat als die tatbestandsausschließende, sondern hat seine Ursache im Charakter der betroffenen Rechtsgüter. Das Hausrecht und die geschlechtliche Freiheit sind willensgetragen, sie entspringen der Willensfreiheit. Ihr Umfang und ihre Geltung hängen vom Willen des Rechtsträgers ab. Wer einwilligt, kann in seiner Willensfreiheit nicht verletzt werden. Anders ist das z.B. bei der körperlichen Unversehrtheit. Hier handelt es sich um ein Rechtsgut, das ein Eigendasein führt, das vom Willen des Inhabers unabhängig ist und dessen Inhalt, Umfang und Bedeutung mehr vom sozialen Leben bestimmt werden. Der Rechtsträger mag mit Eingriffen in ein derartiges Rechtsgut einverstanden sein, dies ändert aber nichts daran, daß es verletzt wird. Zu weitgehend ist daher die Auffassung von Schaffstein und Stratenwerth, daß die rechtfertigende Einwilligung zu einem teilweisen Fortfall des geschützten Rechtsguts führt, weil die Rechtsgüter in der Autonomie der Einzelpersönlichkeit wurzeln und eine Rechtsgutsverletzung nur bei Mißachtung fremder Selbstbestimmung vorliegt [19].

Daß es für die Wirkung der Einwilligung darauf ankommt, inwieweit das

---

18) z.B. Schröder, MDR 195o, 649; 1951, 388; 1953, 7o

19) Schaffstein, ZStW 72, 392; Stratenwerth, ZStW 68, 44 f. Ebenso ist Schröder (NJW 1961, 951 ff.) der Ansicht, daß sich bei der Körperverletzung Körper und Wille nicht spalten lassen. Die Einwilligung schließt daher schon die Körperverletzung aus.

Rechtsgut der Willensfreiheit entspringt oder selbständiger Natur ist, machen die Delikte Freiheitsberaubung und Beleidigung deutlich. Von einer subjektiven, individualistischen Sicht aus läßt sich sagen, daß bei Einwilligung überhaupt keine Freiheitsberaubung oder Beleidigung vorliegen kann. Wer seine Freiheit durch freien Willensentschluß beschränkt, bleibt aus dieser Sicht frei. Wer mit einer Beleidigung einverstanden ist, kann in seiner Ehre, in seinem Persönlichkeitswert gar nicht getroffen werden. Anders ist es, wenn man diese Rechtsgüter mehr nach ihrer Bedeutung im sozialen Leben beurteilt. Da erscheint auch bei Einwilligung die Bewegungsfreiheit eingeengt, das Recht auf Achtung der Persönlichkeit verletzt.

Die Einwilligung schließt also je nach Bedeutung des Rechtsguts in der Rechtsgemeinschaft schon die Rechtsgutsverletzung aus oder billigt sie wenigstens. Dieser Unterschied berechtigt aber nicht dazu, zwei verschiedene Rechtsinstitute anzunehmen, etwa eine rein tatsächliche und eine nur unter bestimmten Voraussetzungen rechtfertigende Einwilligung. So unterscheidet Geerds zwischen dem E i n v e r s t ä n d n i s , das beim Rechtsinhaber nur natürliche Willensfreiheit voraussetzt, das der Täter nicht zu kennen braucht und bei dem die Sittenwidrigkeit keine Rolle spielt, und der E i n w i l l i g u n g , die Einsicht in das Unrecht erfordert, die der Täter kennen muß und die nur wirksam ist, wenn die Tat nicht trotzdem sittenwidrig ist [20]. Inwieweit der Einwilligende einsichtsfähig sein muß, läßt sich aber nicht generell beantworten, sondern hängt von der Bedeutung des aufzuopfernden Rechtsguts ab [21]. So ist z.B. beim Einverständnis im Rahmen von § 177 StGB der natürliche Wille nicht ausreichend, sondern Einsicht in die Bedeutung der geschlechtlichen Selbstbestimmung erforderlich. Auch ist es unberechtigt, verschiedene Folgerungen daran zu knüpfen, ob der Täter Einverständnis oder Einwilligung nicht kennt. In beiden Fällen liegt nur Handlungsunwert, aber kein Erfolgsunwert vor. Richtig ist, daß bei tatbestandsausschließendem Einverständnis die Prüfung der Sittenwidrigkeit der Tat entfällt. Die in § 226 a StGB verkörperte Regel paßt nur für die Fälle, wo eine Rechtsgutsverletzung vorliegt, die trotz Einwilligung sittenwidrig sein kann,

---

20) GA 1954, 262 ff.; ZStW 72, 43 ff.; ähnlich Maurach, AT, § 28 I, S.285, 288; Welzel, aaO § 14 VII 1 a, S. 90 f.; Hirsch, aaO S. 259 f.
21) Vgl. Schröder, aaO § 51, Vorbem. 35, S. 398

nicht aber, wo eine Rechtsgutsverletzung durch Einverständnis entfällt. Wenn man das Einverständnis bei der Sittenwidrigkeit der Tat nicht beachten will, so müßte man wegen der fehlenden Rechtsgutsverletzung die Sittenwidrigkeit an sich bestrafen. Es bestehen aber überhaupt Bedenken gegen die herrschende Meinung, die § 226 a StGB auf alle Fälle der rechtfertigenden Einwilligung ausdehnt. Noll weist mit Recht darauf hin, daß die Freiheit der Selbstbestimmung heute einen höheren Rang hat als früher, so daß es eine sittliche Bevormundung durch das Strafrecht bedeuten würde, bei der Einwilligung stets die Schranke der guten Sitten aufzustellen [22].

Daß beim "Einverständnis" schon der typische Deliktscharakter der Handlung entfällt [23], während bei der Einwilligung die Rechtsgutsverletzung bestehen bleibt, reicht nicht aus, eine verschiedene rechtliche Behandlung daran zu knüpfen. Entscheidend ist das Gemeinsame, nämlich daß in beiden Fällen das Rechtsgut preisgegeben werden soll. Tatbestandsausschließende und rechtfertigende Einwilligung zeigen, daß die Grenze zwischen Tatbestand und Rechtfertigungsgrund flüssig ist.

3. Die Trennbarkeit von Tatbestand und Rechtfertigungsgründen bei den "offenen" Tatbeständen und bei den Delikten mit rechtswidriger Zueignungsabsicht

Gegen eine Verselbständigung der Rechtfertigungsgründe sprechen Welzels "offene" Tatbestände, insbesondere Nötigung und Erpressung. Wie in der Normentheorie ausgeführt wurde, ist bei diesen Tatbeständen das Unrecht nicht in Leitbildern vertypt, die nur noch durch Rechtfertigungsgründe korrigiert werden müssen. Die offenen Tatbestände beschreiben keine strafrechtlich relevanten, für die Gemeinschaft unerträglichen Rechtsgutsverletzungen, die die Rechtswidrigkeit indizieren, sondern umfassen die alltäglichsten, harmlosesten Verhaltensweisen. Die Nötigung, die

---

22) ZStW 77, 2o ff. A.A. Roxin (aaO S. 13o), der gegen Welzel (MDR 1952, 585) und Hirsch (aaO S. 259) auch im Rahmen von § 177 StGB beim Einverständnis die Frage der Sittenwidrigkeit der Tat prüfen will. Roxin wählt als Beispiel die berufstätige Frau, die ihre Geschlechtsehre preisgibt, um nicht ihr Brot zu verlieren. Doch wird hier eine einfache Nötigung unzulässigerweise in eine Notzucht umgedeutet.

23) Schröder, aaO § 51, Vorbem. 34, S. 397 f.

Beeinflussung der Willensfreiheit durch Gewalt oder Drohung, ist in ihren einfacheren Formen im täglichen Leben gang und gäbe. Sie ist nur dann strafwürdig, wenn sie ein nicht mehr tragbares Ausmaß erreicht hat. Wann das der Fall ist, bestimmen die "Rechtswidrigkeitsregeln" in §§ 24o Abs. 2 und 253 Abs. 2 StGB generalklauselhaft durch die Verwerflichkeit des Verhältnisses von Mittel und Zweck. Die Rechtswidrigkeit ergibt sich, indem man positiv die Verwerflichkeit prüft.

Es fragt sich zunächst, wohin im Verbrechensaufbau das Werturteil "verwerflich" und seine Voraussetzungen gehören. Die Verwerflichkeit ist mit der Rechtswidrigkeit nicht identisch, denn die Rechtswidrigkeit bedeutet den formellen Widerspruch zur Rechtsordnung, während die Verwerflichkeit materiell der Widerspruch zur Sittenordnung ist. Bei § 24o StGB steht jedoch mit der Verwerflichkeit, die ein Urteil über das gesamte tatbestandsmäßige Verhalten darstellt, die Rechtswidrigkeit endgültig fest. Ein negativer Ausschluß der Rechtswidrigkeit ist nicht mehr möglich. Die Rechtsordnung hat das Urteil des Sittengesetzes zu ihrem eigenen gemacht. Verwerflichkeit und Rechtswidrigkeit decken sich, die Verwerflichkeit kann nicht Merkmal des Unrechtstatbestands sein [24]. Anders ist dies z.B. bei den Sittlichkeitsdelikten, wo der sozialethische Unwert allein die Rechtswidrigkeit nicht begründen kann. Zum Unrechtstatbestand und nicht zur Rechtswidrigkeit müssen aber sämtliche Voraussetzungen der Verwerflichkeit gehören, seien sie tatsächlicher oder rechtlicher Art.

Unrichtig ist daher die Auffassung von Welzel, der die Prüfung der Verwerflichkeit auf der Stufe der Rechtswidrigkeit vornimmt und den Irrtum über die Verwerflichkeit stets als Verbotsirrtum ansieht, ohne zwischen der Verwerflichkeit selbst und ihren Voraussetzungen zu unterscheiden [25]. Dies ist umso befremdlicher, als Welzel bei den fahrlässigen Delikten und unechten Unterlassungsdelikten neuerdings eine Tatbestandsergänzung vornimmt. Bei diesen Delikten soll im Gegensatz zur Nötigung ein sachliches Leitbild vorhanden sein - die objektiv im Verkehr erforderliche Sorgfalt und die Garantenstellung -, das eine Tatbestandsergänzung

---

24) Ebenso Schaffstein, Festschrift OLG Celle, S. 194 ff.; ähnlich Roxin, aaO S. 155; a.A. Engisch, Unrechtstatbestand, S. 412

25) 1o.Aufl., § 14 I 2, S. 79; § 22 III 1, S. 162; § 43 I 3, 4, S. 3o6 ff.

erlaubt [26]. Doch ist nicht einzusehen, warum die Verwerflichkeit diese Funktion nicht haben soll. Zwar handelt es sich bei ihr um ein Wertprädikat, dessen Voraussetzungen erst aufgespürt werden müssen, aber die Begriffe Garantenstellung und verkehrsmäßige Sorgfalt müssen auch erst mit sachlichem Gehalt gefüllt werden. Wenn bei Nötigung und Erpressung die Verwerflichkeit erst auf einer zweiten Stufe geprüft wird, so umfaßt der Tatbestand die alltäglichsten Verhaltensweisen. Welzel muß daher die sozialadäquaten Nötigungen ausklammern, um dem Tatbestand die strafrechtliche Relevanz zu erhalten [27]. Anders unterscheidet Hirsch zwischen genereller und konkreter Verwerflichkeit. Bei der generellen Verwerflichkeit ist das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen noch nicht geprüft, das Verhalten ist tatbestandsmäßig. Bei der konkreten Verwerflichkeit liegt kein Rechtfertigungsgrund vor, das Verhalten ist rechtswidrig [28].

Eine derartige Aufgliederung ist jedoch äußerst unpraktikabel. Es ist schon schwierig genug, mit Hilfe der Generalklausel "verwerflich" festzustellen, wann eine Nötigung rechtswidrig ist. Außerdem noch die schwankende Grenze zwischen Sozialadäquanz und strafrechtlicher Relevanz zu ermitteln, ist überflüssig, da sie für die Frage der Rechtswidrigkeit keine Rolle spielt. Hirsch übersieht, daß es Fälle gibt, die strafrechtlich relevant, also doch wohl "generell verwerflich" sind und unter keinen Rechtfertigungsgrund fallen, aber trotzdem nicht verwerflich sind. So kann z.B. bei einer Nötigung in Überschreitung des bürgerlich-rechtlichen Selbsthilferechts bei Würdigung der gesamten Umstände durchaus die Verwerflichkeit fehlen. Haben die Voraussetzungen der Verwerflichkeit ihren Platz im Unrechtstatbestand, so gehören die Rechtfertigungsgründe als Umstände, die die Verwerflichkeit ausschließen, mit dazu. Auch bei der Nötigung reichert sich der Tatbestand stufenweise mit Unrechtsgehalt an. Zwischen sozialadäquat, sozialinadäquat, aber gerechtfertigt und sozialinadäquat und nicht gerechtfertigt, aber nicht verwerflich einen Unterschied zu machen, ist wenig sinnvoll. Bedenklich erscheint jedoch die Auffassung von Roxin, daß bei der Nötigung das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes schon die Rechtsgutsverletzung

---

26) aaO § 1o I 2, S. 46; § 14 I 2, S. 79 f.
27) aaO § 1o IV, S. 52 ff.
28) aaO S. 289 ff.; ZStW 74, 119 ff.

ausschließt, weil der Willensfreiheit Bindungsschranken innewohnen [29]. Die Rechtfertigungsgründe, die typische Gegenrechte sind, wie Notwehr, Notstand usw., sind keine immanenten Schranken der Willensfreiheit, sondern kollidieren mit ihr.

Die Bestimmung der Rechtswidrigkeit ist gleichermaßen problematisch bei Tatbeständen, die nach Welzel spezielle Rechtswidrigkeits- oder Rechtspflichtmerkmale enthalten. Dies sind Tatbestände, deren Unrechtsbeschreibung ebenfalls unvollkommen ist und die diese Lücke mit Begriffen wie "rechtsgültig" (§ 11o StGB), "rechtmäßige Amtsausübung" (§ 113 StGB) und "zuständig" (§§ 11o, 116, 137 StGB) schließen. Diese Merkmale gehören nach Meinung von Welzel nicht zum Tatbestand, sondern zur Rechtswidrigkeit, weil sie eine negative Bewertung der Tat, bzw. eine Rechtspflicht des Täters kennzeichnen [3o]. Zu diesem Thema hat schon Roxin alles Erforderliche gesagt: Die Rechtspflichtmerkmale haben einen Doppelcharakter. Sie vereinen tatbestandlich beschreibende, unrechtsbestimmende Umstände und eine Bewertung der Gesamttat, ein Rechtswidrigkeitsurteil und sind daher in ihre Elemente aufzulösen. Was in "gebündelter Form" Voraussetzung des Rechtswidrigkeitsurteils ist, hat seinen Platz im Unrechtstatbestand, was Bewertung der tatbestandsmäßigen Handlung ist, gehört zur Rechtswidrigkeit [31].

Dies gilt z.B. bei der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung in § 113 StGB, die keine objektive Bedingung der Strafbarkeit ist, sondern das Unrecht der Widerstandsleistung erst begründet [32]. Steht die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung fest, so ist der Widerstand rechtswidrig, ein Rechtfertigungsgrund kann nicht mehr vorliegen. Der positiven Bewertung der Vollstreckungshandlung entspricht als "Kehrseite" die negative der Widerstandsleistung. Das Merkmal "Rechtmäßigkeit der Amtsausübung" bewertet gleichzeitig auch die Tatbestandshandlung. Es ist daher kein normatives

---

29) JuS 1964, 374
3o) aaO § 14 I 2, S. 79; vgl. § 22 III 1 c, S. 162
31) Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, S. 81 f., 135, 138 ; ebenso Schaffstein, Festschrift OLG Celle, S. 189 ff.; vgl. Engisch, Unrechtstatbestand, S. 411 f.
32) Vgl. Arthur Kaufmann, Schuldprinzip, S. 253 f.; ZStW 76, 578 f.; a.A. z.B. Schröder, aaO § 113, Anm. 13, S. 742; BGHSt 4, 161

Tatbestandsmerkmal, das etwa nur deshalb, weil es an letzter Stelle geprüft wird, das Rechtswidrigkeitsurteil zur Folge hat, sondern gehört, soweit es die Tat als Ganze wertet, zur Rechtswidrigkeit [33]. Die Umstände jedoch, die die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung begründen - Ermächtigungs-, Zuständigkeits-und Formfragen -, sind als Rechtswidrigkeitsvoraussetzungen Teil des Unrechtstatbestands [34]. Durch ihre Prüfung erübrigt sich die Frage nach dem Vorliegen von Rechtfertigungsgründen, insbesondere der Notwehr. Ebenso gut kann man freilich die Rechtswidrigkeit der Amtsausübung als Rechtfertigungsgrund für den Widerstand auffassen [35]. Hier zeigt sich, daß Tatbestandsmerkmale und Rechtfertigungsgründe vertauschbar sind.

Armin Kaufmann [36] und Hirsch [37] ziehen daraus die entgegengesetze Konsequenz und gliedern die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung als Hinweis auf etwa bestehende Rechtfertigungsgründe aus dem Tatbestand aus. Als Stufe strafrechtlicher Relevanz bleibt nicht viel übrig: Im Widerstand gegen die Staatsgewalt an sich, ohne Rücksicht auf die Frage der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung, kann man nur bei obrigkeitsstaatlichem Denken eine Rechtsgutsverletzung sehen, die aus dem Rahmen der sozialen Ordnung schwerwiegend herausfällt.

Ähnlich ist es bei dem Merkmal "unbefugt" beim Siegelbruch (§ 136 StGB), das nach Welzel mit dem Verbrechensmerkmal "rechtswidrig" identisch sein soll [38]. Das Erbrechen eines Siegels durch einen Befugten hat jedoch keinerlei strafrechtliche Relevanz.

Die Trennbarkeit von Tatbestand und Rechtfertigungsgründen wird auch bei den Delikten mit "überschießender Innentendenz" oder "kupierten Erfolgsdelikten" fragwürdig, die auf Grund ihrer Fassung das Problem der Rechtfertigung oft schon im Rahmen des Tatbestands aufwerfen.

---

33) Roxin, aaO S. 139 ff.; Schaffstein, Festschrift OLG Celle, S. 192 f.; a.A. Engisch, Unrechtstatbestand, S. 412; Mezger-Festschrift, S. 158; von Weber, Mezger-Festschrift, S. 189
34) Unrichtig daher § 419 Abs. 5 Entwurf 1962
35) Arthur Kaufmann, Schuldprinzip, S. 253 f.; Roxin, aaO S. 1o5
36) Normentheorie, S. 257
37) aaO S. 299 f.
38) aaO § 14 I 2, S.8o ; ebenso Hirsch, aaO S. 296

§ 242 StGB erfordert die Absicht rechtswidriger Zueignung. Wenn man dieses Merkmal, wie der Gesetzeswortlaut nahelegt, als subjektives Unrechtselement ansieht und unter "rechtswidrig" den Widerspruch zur Eigentumsordnung versteht, so ist bei Wegnahme in Ausübung des bürgerlich-rechtlichen Selbsthilferechts nicht einmal der Tatbestand erfüllt[39]. Dies gilt allerdings nicht, wenn man wie Welzel die Gesetzesfassung für sprachlich mißglückt hält und den Diebstahl als Zueignung einer fremden beweglichen Sache durch Wegnahme definiert [40]. Ähnlich ist die Sachlage bei Raub und Betrug [41].

4. Der Leitbildtatbestand als Verkörperung des typischen Unrechts

Leitbildtatbestand und Rechtfertigungsgründe sind einander in der Dogmengeschichte häufig als typisch und atypisch gegenübergestellt worden. Schon Beling betonte, daß die Tatbestände festumrissene Verbrechenstypen, charakteristische Figuren darstellen. Nach Maurach ist der Tatbestand Leitbild im Sinne einer typischen Erscheinungsform des Unrechts, schematische Typisierung, ein "Rohabguß des Geschehens". Gallas lehnt die LvdnT ab, weil der Tatbestand als Verkörperung der typischen Momente eines Delikts die atypischen Ausnahmen nicht in sich aufnehmen kann.

Die Unterscheidung zwischen typisch und atypisch ist jedoch nur ein formelles Prinzip, das der Differenzierung zwischen Verbotsnorm und Erlaubnissatz auf der Ebene der Norm entspricht. Dadurch, daß man aus dem Unrechtskomplex alles Typische, d.h. Regelhafte, Bezeichnende, Markante,herauskristallisiert, daß man gerechtfertigtes und ungerechtfertigtes Verhalten auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen sucht, läßt sich kein materielles Gliederungsprinzip gewinnen, an das unterschiedliche Folgen geknüpft werden könnten. Die Unterscheidung gilt auch nicht durchgehend. Wie die offenen Tatbestände zeigen, braucht der Tatbestand nicht immer etwas Typisches zu enthalten, ebenso wie auch die Rechtfertigungsgründe - z.B. bei Tötung im Krieg oder bei Freiheitsberaubung im Strafvollzug - nicht immer atypisch sind, sondern zur Regel werden können.

---

39) Vgl. Schröder, aaO § 242, Anm. 44, S. 1162, Anm. 57 ff., S. 1166 f.; BGHSt 17, 87
40) Welzel, aaO § 48, S. 325 ff.; vgl. auch Hirsch, JZ 1963, 149 ff., 155
41) Vgl. Schröder, aaO § 263, Anm. 121 ff., S. 1308 ff.; a.A. Welzel, aaO § 54 III, S. 356

Beim Leitbildtatbestand handelt es sich daher nicht um eine Wertungsstufe im Verbrechensaufbau, sondern um ein mehr oder weniger vollkommenes Hilfsmittel für Gesetzgebung und Praxis zur Beschreibung und Bestimmung des Unrechts. Nicht das formale Denkverfahren des Gesetzgebers [42], sondern materielle Wertungen sind für den Verbrechensaufbau maßgebend. Praktische Methode und materieller Aufbau brauchen sich nicht zu decken [43]. Eine didaktische Systematik kann von der wahren wissenschaftlichen Gliederung abweichen [44]. Der Leitbildtatbestand umfaßt das, was der Gesetzgeber als typischen Unrechtsgehalt eines Delikts angesehen hat. Bei ihm muß die strafrechtliche Prüfung beginnen, seine Aussage muß durch die Rechtfertigungsgründe korrigiert werden. Der Leitbildtatbestand hat nur praktische und didaktische Bedeutung und kann insoweit Indiz der Rechtswidrigkeit genannt werden. Er ist ein "Hilfsinstrument des Gesetzgebers zur groben Sichtung menschlicher Verhaltensweisen". "Das rohe Sieb der Tatbestandsmäßigkeit passieren Vorgänge, die erst auf dem feineren, aber entscheidenden der Widerrechtlichkeit differenziert werden können." [45]

Den Leitbildtatbestand nennt Arthur Kaufmann in Anlehnung an Gallas "D e l i k t s t y p u s", "Träger des typischen Strafwürdigkeitsgehalts der jeweiligen Verbrechensart" [46]. Der Deliktstypus ist aber weiter als der Leitbildtatbestand, da er als individuelle Erscheinungsform des Verbrechens neben den typischen Unrechtsmerkmalen auch typische Schuldmerkmale umfaßt. Dies sind nach Gallas Merkmale, die nur für den Schuldgehalt, nicht aber für den Unrechtsgehalt des Deliktstypus Bedeutung haben, "die den Schuldgehalt des Deliktstypus direkt, d.h. ohne Vermittlung eines entsprechenden Bezugsobjekts im Unrechtstatbestand, differenzieren" [47]. Auch wenn man anders als die finale Handlungslehre Vorsatz und Fahrlässigkeit (im Sinne der Verletzung einer subjektiven Sorgfaltspflicht) im Rahmen der Schuld behandelt, bleiben sie Bestandteile des Deliktstypus, da sie für den Strafwürdigkeitsgehalt maßgebend

---

42) auf das sich Plate (Ernst Beling als Strafrechtsdogmatiker, 1966, S. 142, 156, 47 ff., 88 ff.)im Anschluß an Beling beruft
43) Dies verkennt Hirsch, aaO S. 263
44) Radbruch, Frank-Festgabe I, S. 159
45) Schröder, aaO § 1, Vorbem. 13 f., S. 11
46) JZ 1956, 354 f.; ZStW 76, 567 ff.
47) ZStW 67, 29 f., 46

sind. Der Leitbildtatbestand als Verkörperung des typischen Unrechtsgehalts entspricht vielmehr dem, was Gallas "Unrechtstatbestand", Verkörperung des " U n r e c h t s t y p u s " nennt [48].

Fraglich ist, ob der Deliktstypus mit dem G a r a n t i e t a t b e s t a n d identisch ist, wie Arthur Kaufmann meint [49]. Es widerspricht dem Grundsatz nullum crimen sine lege, gesetzlich fixierte Rechtfertigungsgründe contra legem einzuschränken, weil dadurch der Raum des Strafbaren ausgedehnt würde. Die gesetzlichen Rechtfertigungsgründe müssen daher als negative Merkmale des Garantietatbestands angesehen werden, was auch Kaufmann zugibt [5o]. Zum Deliktstypus gehören sie aber nicht. Dadurch, daß der Garantietatbestand auch Schuldmerkmale umfaßt, die nicht zum Unrechtssachverhalt gehören [51], ist er auch mehr als ein bloßer Teil des Unrechtstatbestands [52].

5. Tatbestand und Typus

Da hier von "Deliktstypus" und Typizität die Rede war, muß ein Wort zu der Unterscheidung von T y p u s und B e g r i f f in der Rechtstheorie gesagt werden. Der Typus ist ein Sinngebilde in der Mitte zwischen Konkretisierung und Abstraktion, Lebenssachverhalt und Idee. Er hat im Gegensatz zum abstrakt-allgemeinen Begriff keine scharfen Grenzen, ist dafür aber anschaulicher, wirklichkeitsnäher und inhaltsreicher. Er wird nicht wie der Begriff durch erschöpfend festgelegte, isolierende Strukturmerkmale gebildet, sondern durch besonders auffällige, kennzeichnende Eigenschaften. Er entsteht durch Vergleich der Einzelerscheinungen. Der Begriff entscheidet im Sinne eines "entweder - oder", der Typus gibt sich mit einem "sowohl - als auch" oder "mehr oder minder" zufrieden. Der Begriff ist geschlossen, der Typus offen. Unter einen Begriff wird subsumiert, dem Typus werden ähnliche Erscheinungen zugeordnet, ohne daß alle typischen Züge vorzuliegen brauchen. Typen sind nicht definierbar, sondern können nur beschrieben werden. Sie können sich

---

48) ZStW 67, 31
49) JZ 1956, 355
5o) JZ 1954, 656 Anm. 25 a; vgl. Engisch, Mezger-Festschrift, S. 131
51) Vgl. Schröder, aaO § 1, Vorbem. 41 f., S. 2o; Welzel, aaO § 5 II, S. 2o; Engisch, aaO; Roxin, aaO S. 1o9 f.
52) so Lang-Hinrichsen, JR 1952, 3o7

überschneiden und lassen auch keine exakten Aussagen zu [53].

Nach Arthur Kaufmann sind Gesetzgebung und Rechtsfindung bei der Schaffung der Straftatbestände an die im Leben vorgegebenen Typen gebunden. Um der Forderung nach Rechtssicherheit zu entsprechen, muß der Gesetzgeber die vorgefundenen Typen begrifflich beschreiben, was jedoch immer nur annähernd, nie vollkommen möglich ist. Auch die Auslegung durch Rechtsprechung und Wissenschaft schafft keine abschließenden und endgültigen Gebilde, sondern muß immer wieder korrigiert werden. Im Wesen des Typus liegt es, daß er sich nicht restlos zum Begriff umformen läßt [54]. Die Tatbestände stehen daher mitten im Spannungsverhältnis zwischen Typus und Begriff. Sie sind weder ganz das eine noch das andere, denn "Begriffe ohne Typen sind leer; Typen ohne Begriffe sind blind" [55].

Weiter geht Larenz. Nach seiner Auffassung sind die strafrechtlichen Deliktstypen durch gesetzlich festgelegte oder durch Auslegung gewonnene Tatbestandsmerkmale so weit begrifflich ausgeformt, daß sie nicht mehr als echte Typen angesehen werden können. Sie sind aus "offenen" Typen in "geschlossene" verwandelt worden. Wann sie zutreffen, kann eindeutig bestimmt werden, unter sie läßt sich subsumieren. Die hinter den geschlossenen Typen stehenden, aus dem Leben gegriffenen offenen Typen können jedoch der Auslegung dienlich sein [56]. Ähnlich sind nach Hans Julius Wolff die Typen als Rechtsbegriffe zu Klassen erstarrt, "klassifikatorische Voraussetzungen der Bestrafung" geworden, um dem Erfordernis der Rechtssicherheit Genüge zu tun und eine eindeutige Bestimmbarkeit und Voraussehbarkeit der Rechtsfolgen zu gewähren [57]. Radbruch ist der Meinung, daß das Gesetz ursprünglich ein typologisches Gebilde ohne feste Grenzen war, da dem Gesetzgeber unbewußt typische Einzelfälle vorschwebten. Erst durch die Interpretation wird der Typus zum Klassenbegriff [58].

---

53) Vgl. Arthur Kaufmann, Analogie und "Natur der Sache", S. 37 f.; Larenz, Methodenlehre, S. 423, 429 ff.; H.J. Wolff, Typen, S. 196; Radbruch, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe, S. 46 ff.
54) Arthur Kaufmann, aaO S. 38 ff.
55) aaO S. 4o
56) Larenz, aaO S. 441
57) H.J. Wolff, aaO S. 2oo ff.
58) aaO S. 53

Arthur Kaufmann ist jedoch zuzustimmen, daß die Tatbestände weder reine Typen noch reine Begriffe sind. Bei der Schaffung der Tatbestände müssen die unwerthaften Verhaltensweisen des sozialen Lebens in ihrem Sinngehalt erfaßt werden. Dabei knüpfen die Tatbestände teils unmittelbar an einem Typus an und überlassen die begriffliche Beschreibung Rechtsprechung und Rechtswissenschaft - so z.B. bei Beleidigung, Nötigung und grobem Unfug -, teils sind die Tatbestände begrifflich durchgeformt, so daß einer am Typus ausgerichteten Auslegung wenig Spielraum verbleibt - so z.B. beim schweren Diebstahl und Betrug -, oder die Tatbestände lassen Lücken, durch die der Typus hindurchscheint - z.B. durch die Merkmale "Unzucht" und "niedrige Beweggründe".

Tatbestand und Typus sind also nicht identisch. Den Unrechtstatbeständen liegen Unrechtstypen zugrunde, normative Typen, die am Unrecht ausgerichtet sind. Um dieses Verhältnis zwischen Tatbestand und Typus nicht zu verwischen, empfiehlt es sich, für die Verkörperung des "typischen" Unrechts, den "positiven" Tatbestandsteil, den Begriff Leitbildtatbestand beizubehalten und nicht durch Unrechtstypus zu ersetzen.

Der Belingsche Delikts- oder Unrechtstypus ist kein Typus im hier gemeinten Sinn. Der Deliktstypus ist zwar im Gegensatz zum Leitbild etwas Konkretes, da er die das Leitbild verwirklichende Handlung enthält,und gibt dem Leitbild seinen Inhalt. Er hat aber keine fließenden Grenzen, sondern ist begrifflich ausgeformt, fest umrissen [59]. Bei Beling werden die strafgesetzlich umrissenen, tatbestandlich charakterisierten Verhaltensweisen (Leitbilder) im Falle ihrer Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit zu Deliktstypen [6o]. Auch der Deliktstypus bei Gallas ist kein reiner Typus im Sinne der Rechtstheorie, da Gallas Deliktstypus und Tatbestand gleichsetzt [61]. Das, was dem Tatbestand von Gallas zugrundeliegt, sind auch nicht normative, sondern "Regeltypen" oder "Durchschnittstypen", die an der regelmäßig vorliegenden Rechtsgutsverletzung orientiert sind [62].

---

59) Vgl. Plate, aaO S. 1o1
6o) Plate, aaO S. 157 ff.
61) ZStW 67, 17, 28 ff.
62) Arthur Kaufmann, ZStW 76, 568 f.; vgl. Analogie und "Natur der Sache", S. 38

6. Ergebnis

Der Unrechtsbeschreibung im Gesetz liegt kein einheitliches System zugrunde. Teilswerden in den Tatbeständen typische Rechtsgutsverletzungen beschrieben, denen in den Rechtfertigungsgründen kollidierende Rechtsgüter gegenübertreten. Teilssind die Tatbestände so weit gefaßt, daß das rechtswidrige Verhalten mit Hilfe von Generalklauseln durch den Richter festgestellt werden muß. Oder es werden Rechtswidrigkeitsvoraussetzungen, die bei vollständiger sachlicher Umschreibung den Tatbestand sprengen würden, zu "speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmalen" zusammengefaßt. All dies hat seine Ursache in der Verschiedenheit der einzelnen Delikte, die sich nicht mit einer einheitlichen Methode beschreiben lassen.

So sind auch die Rechtfertigungsgründe weniger aus sachlichen, als aus praktisch-technischen Gründen verselbständigt worden. Der Gesetzgeber ist gezwungen, brauchbare Instrumente zur Unrechtsbestimmung zu schaffen. Das Strafgesetz muß verständlich und volksnah sein, um Auskunft über das Verbot geben und das Rechtsbewußtsein der Bürger festigen zu können. Strafrechtsbestimmungen, die dem Verbrechensaufbau gemäß den gesamten Unrechtstatbestand umfassen und in seinen Merkmalen erschöpfend beschreiben, lassen sich daher schwer schaffen. Entscheidend ist aber, daß die verschiedenen gesetzlichen Möglichkeiten, Unrecht zu beschreiben, ein Ziel haben, nämlich zum Rechtswidrigkeitsurteil hinzuführen.

Ein allgemein gültiges und einleuchtendes Prinzip zur materiellen Gliederung des Unrechtstatbestands läßt sich nicht finden. Rechtsgutsverletzung und Rechtsgüterkollision sind als Kriterium ungeeignet. Die strafrechtliche Relevanz ist ein viel zu verschwommener Begriff, um ein Gebilde mit scharfen Konturen zeichnen zu können. Die Unsicherheit über das Sozialadäquate zeigt, daß die Sozialadäquanz bei der Abgrenzung versagt. Zwischen Tatbestand und Rechtfertigungsgrund verläuft keine sichere Grenze.

Eine Aufspaltung der Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit mit materieller Wirkung ist verfehlt. Ein Bedürfnis dafür, eine Wertungsstufe strafrechtlicher Relevanz einzuführen, besteht nicht. Die Bemühungen Welzels,

einen Leitbildtatbestand herauszuheben, scheinen eher auf dem Willen zu beruhen, den Bereich des Tatbestandsirrtums einzuschränken und die irrige Annahme der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes sowie den Irrtum über die Verwerflichkeit und über spezielle Rechtswidrigkeitsmerkmale zum Verbotsirrtum zu erklären [63]. Daß die Tötung eines Menschen in Notwehr gegenüber der Tötung einer Mücke etwas ungleich Schwerwiegenderes ist, wird nicht geleugnet. Dadurch, daß hier der Leitbildtatbestand gegeben ist, hebt sich ein solches Ereignis aus den übrigen tatbestandslosen Vorgängen heraus. Für den Unrechtstatbestand jedoch hat der Unterschied zwischen dem nicht einmal einen Leitbildtatbestand erfüllenden und dem nur gerechtfertigten Verhalten keine Bedeutung, da beides rechtmäßig ist.

Arthur Kaufmann betont, daß die sozialethische Bedeutung von Notwehr, Operation, ärztlicher Schwangerschaftsunterbrechung im übergesetzlichen Notstand und Züchtigung durch einen Lehrer nicht in der Tötung oder Verletzung des Angreifers, in der Körperverletzung, der Fruchtabtreibung und der Schmerzzufügung liege, sondern in der Verteidigung des Rechts gegen das Unrecht, der Heilung, der Rettung des mütterlichen Lebens und der Erziehung des Schülers [64]. Rechtswidriges und gerechtfertigtes Verhalten seien ganz verschiedene Wert- und Sinngebilde. Die Doppelbewertung unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgutsverletzung und der Rechtfertigung sei ein Trennungsdenken, das die Lebenszusammenhänge zerreiße [65]. Auch nach Roxin umfaßt der Leitbildtatbestand in moralischer, sozialer und psychologischer Hinsicht völlig verschiedenartige Vorgänge, die sich nur im äußerlich-naturalistischen Tatbild ähneln und noch keine soziale Sinneinheit darstellen [66].

Welzel wirft dieser Anschauungsweise vor, zum alten Ganzheitsdenken zurückgekehrt zu sein, das den Tatbestand als Verbrechensbegriff, die getrennte Betrachtung der Verbrechensmerkmale und die abstrakte Begriffsbildung überhaupt ablehnte, um sie durch eine verschwommene

---

63) so auch Roxin, aaO S. 1oo, 11o; Schweikert, aaO S. 118; Engisch, Mezger-Festschrift, S. 159; Gallas, ZStW 67, 24; Schröder, ZStW 65, 183
64) JZ 1954, 657
65) ZStW 76, 569
66) aaO S. 181, vgl. auch S. 128

Wesensschau zu ersetzen. Wer erst beim Vorliegen aller Beurteilungsgesichtspunkte, also aller Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit, einen sozialen Sinngehalt der Handlung anerkenne, vernichte die soziale Sinnbedeutung des Tatbestands und verkehre ihn in eine "wertfreie naturwissenschaftliche Faktizität" 67).

Es läßt sich jedoch schwer darüber streiten, ob die Tötung eines Menschen in Notwehr, die Schwangerschaftsunterbrechung zur Rettung der Mutter und die Züchtigung zur Erziehung des Kindes wegen der eingetretenen Rechtsgutsverletzung zunächst einmal auf eine Stufe mit den Handlungen eines Totschlägers, Abtreibers oder Raufbolds gestellt werden müssen oder wegen ihrer sozialethischen Bedeutung, ihres teilweise wertvollen Charakters auf eine solche Stufe überhaupt nicht passen und eher mit dem nicht einmal leitbildtatbestandsmäßigen Verhalten zu vergleichen sind. Denn hier handelt es sich um eine ethische Wertung, die je nach Rechtsgefühl verschieden getroffen werden kann und dem Beweis nicht zugänglich ist. Entscheidend für den Verbrechensaufbau ist daher die Feststellung rechtmäßig oder rechtswidrig, für die das Gesetz feste Regeln bereithält. Der Verzicht auf die umstrittene, schwer abgrenzbare Stufe strafrechtlicher Relevanz beruht nicht auf einem verschwommenen Ganzheitsdenken, sondern ist eine Beschränkung der Verbrechenssystematik auf die wirklich wesentliche Gliederung. Zwischen dem gerechtfertigten und dem nicht einmal einen Leitbildtatbestand erfüllenden Verhalten bestehen keine elementaren Wertunterschiede des Rechts, wie Welzel meint. Es gibt keine dritte Verbrechensstufe, die so einleuchtend, selbstverständlich und apriorisch ist, wie Rechtswidrigkeit und Schuld. Mit den Eigenschaften rechtswidrig und schuldhaft ist alles für die strafrechtliche Bewertung Interessante gesagt.

---

67) ZStW 76, 625 f.; so auch Plate, aaO S. 162

VI. Die Folgerungen aus dem tatbestandseinschränkenden Charakter der Rechtfertigungsgründe

1. Die Rechtfertigungsgründe als negative Tatbestandsmerkmale

Nachdem festgestellt wurde, daß der Unrechtstatbestand eine materielle Einheit ist, die nicht in Wertungsstufen zerlegt werden kann, daß die Rechtfertigungsgründe untrennbar zum Unrechtstatbestand gehören, sollen jetzt die Rechtfertigungsgründe näher betrachtet werden.

Die Rechtfertigungsgründe wirken einschränkend. Sie führen den zu weit gefaßten Leitbildtatbestand auf das zurück, was wirklich Unrecht ist. Engisch hat dies mit seinem Kreisbeispiel treffend zum Ausdruck gebracht[1]. Die Begrenzung wird im Unrechtstatbestand n e g a t i v vorgenommen. Denn der Unrechtstatbestand ist erfüllt, das leitbildtatbestandsmäßige Verhalten ist rechtswidrig, wenn Rechtfertigungsgründe n i c h t vorliegen. Die Rechtfertigungsgründe sind eine negative Einschränkung des positiven Tatbestandsteils. Der Einwand, "daß ein Akt als etwas Positives auch nur durch positive Merkmale festgelegt und abgegrenzt werden kann"[2], trifft die LvdnT daher nicht.

Negative Tatbestandsmerkmale sind die Rechtfertigungsgründe mit ihren Merkmalen. Dabei ist es sachlich dasselbe, ob man die Rechtfertigungsgründe als ganze mit negativem Vorzeichen als Tatbestandsmerkmale ansieht oder ob man sie in ihre Merkmale auflöst und die einzelnen Rechtfertigungsmerkmale mit negativem Vorzeichen dem Tatbestand einverleibt, ob man die um die Rechtfertigungsgründe zu denkende Klammer beibehält oder auflöst[3]:

$$-(a + b + c) = -a - b - c$$

---

1) s. oben I. 7. b). Der von Hirsch (aaO S. 27o Anm. 1o a) gegen dieses Beispiel erhobene Einwand, daß eine aus einer Nußtorte herausgeschnittene Portion ein Stück Nußtorte bleibt und nicht zu einem Stück "Nicht-Nußtorte" wird, geht fehl. Hirsch verwechselt die beiden Tatbestandsbegriffe. Der Kreis ist der Leitbildtatbestand. Die abgetrennten Teile bleiben leitbildtatbestandsmäßig, der verbleibende Kern aber ist mehr, er ist der Unrechtstatbestand.

2) Armin Kaufmann, Normentheorie, S. 241

3) Dies verkennt Hirsch, aaO S. 12o, 157 Anm. 4, 176 f., 19o Anm. 165

Selbstverständlich ist, daß der Unrechtstatbestand nur dann wirksam eingeschränkt, also nicht erfüllt ist, wenn ein Rechtfertigungsgrund mit allen seinen Merkmalen vorhanden ist. Sind nur einige Rechtfertigungsmerkmale gegeben, so können sich Unrecht und Schuld höchstens mindern [4].

2. Das Vorsatzproblem

Welche Konsequenzen ergeben sich aus der negativen Natur der Rechtfertigungsgründe für den Vorsatz? Der LvdnT ist vorgeworfen worden, daß sie beim Vorsatz zu unhaltbaren Ergebnissen führen würde. Wenn die Rechtfertigungsgründe negative Tatbestandsmerkmale seien, müsse sich jeder Täter die Abwesenheit aller möglichen Rechtfertigungsgründe vorstellen, um vorsätzlich handeln zu können [5].Dies bedeute eine psychologische Monstrosität und sei rechtspolitisch untragbar. Nach der LvdnT gäbe es keine Vorsatztäter mehr [6].

Darauf hat schon Radbruch erwidert, daß man zwischen n e g a t i v e n Merkmalen und p o s i t i v e n Merkmalen m i t n e g a t i v e m I n h a l t , zwischen der Abwesenheit eines Tatumstands und dem Tatumstand seiner Abwesenheit unterscheiden müsse. Nur bei den positiven Merkmalen mit negativem Inhalt sei positive Annahme erforderlich, bei den negativen Merkmalen genüge die Nichtannahme der Anwesenheit des Merkmals. Bei den positiven Merkmalen schließe die Nichtannahme den Vorsatz aus, bei den negativen die Annahme [7]. Ebenso unterscheidet Arthur Kaufmann zwischen negativen Merkmalen, zu denen auch die Unbescholtenheit in § 182 StGB gehören soll [8], und positiven Merkmalen mit negativem Inhalt, wie "ohne Sekundanten" in § 2o8 StGB, "ohne Einwilligung" in § 237 StGB. Nur bei den negativen Merkmalen sei auch auf der Vorsatzseite ein Minuszeichen zu setzen. Welche Merkmale negativ und welche positiv mit negativem Inhalt seien, müsse im Wege der Auslegung gefunden werden. Doch glaubt Kaufmann nicht, daß die Wahl der gesetzlichen Formulierung auf

---

4) Vgl. Noll, ZStW 68, 181 ff.
5) Diese Konsequenz zieht Baumann, Strafrecht, 5. Aufl. 1968, § 26 II 4 c, S. 384; so auch schon Baumgarten, Aufbau, S. 183; Frank, 5./7. Aufl. 19o8, § 59 Anm. II 2, S. 129
6) Welzel, MDR 1952, 585 Anm. 5; ZStW 67, 21o, 213; Armin Kaufmann, JZ 1955, 38; Hirsch, aaO S. 267 ff.
7) Frank-Festgabe I, S. 164 f.; vgl. oben I. 2. c)
8) So auch Radbruch, aaO

stilistischen Zufällen beruht [9]. von Weber trifft diese Unterscheidung nicht. Die Rechtfertigungsgründe seien negative Tatbestandsmerkmale wie alle übrigen im Tatbestand vorkommenden Umstände negativer Art. Ob das Merkmal das tatbestandsmäßige Verhalten als Ganzes negiere oder nur eine einzelne Modalität dieses Verhaltens, mache keinen Unterschied, da in beiden Fällen der Tatbestand eingeschränkt werde. Für den Vorsatz läßt es von Weber bei allen negativen Merkmalen genügen, daß sich der Täter nicht den entgegengesetzten positiven Sachverhalt vorstellt [1o].

Gegen die Auffassung, daß bei negativen Merkmalen auf der Vorsatzebene Nichtannahme des entsprechenden Positivums genügt, haben sich Armin Kaufmann und Hirsch gewandt. Sie bedeute "einen radikalen Bruch mit der bisherigen Doluslehre". Da manche negativen Merkmale ebenso gut auch positiv ausgedrückt werden könnten - was auch von Weber zugibt -, hänge die Beschaffenheit des Vorsatzes von der zufälligen Gesetzesfassung ab[11]. Ein Vorsatz, der teils im Wissen und Wollen, teils im Nichtwissen bestehe, sei eine "psychologische Absurdität" [12]. Die Differenzierung beim Vorsatz zeige auch, daß die LvdnT den sachlichen Unterschied zwischen Unrechtsbegründung und Rechtfertigung bejahen müsse [13].

a) Negative Merkmale und positive Merkmale mit negativem Inhalt

Es fragt sich, wie der Vorsatz bei negativen Merkmalen, insbesondere bei Rechtfertigungsgründen, beschaffen sein muß. Ist die Unterscheidung zwischen negativen Merkmalen und positiven Merkmalen mit negativem Inhalt berechtigt?

Bedenklich ist die Auffassung von Webers, der alle negativen Merkmale gleich behandelt, weil sie den Tatbestand einschränken, und es für den Vorsatz ausreichen läßt, daß sich der Täter nicht das entgegengesetzte Positivum vorstellt. Fraglich ist zunächst, ob es eine Besonderheit gerade der negativen Merkmale ist, daß sie den Tatbestand einschränken.

---

9) JZ 1956, 357 f.
1o) Mezger-Festschrift, S. 184 f.
11) Armin Kaufmann, JZ 1955, 38; Normentheorie, S. 243 f.; Hirsch, aaO S. 257 f., 268 ff.
12) Hirsch, aaO S. 273
13) Hirsch, ZStW 74, 82 f.

Denn nach dem "Gesetz des reziproken Wachstums von Begriffsinhalt und Begriffsumfang" engt jedes hinzukommende Merkmal den Tatbestand ein [14]. Je mehr Merkmale tatbestandlich ausgestaltet sind, umso enger läßt sich der Unrechtstatbestand fassen. Auch wenn man unter Einschränkung nur die "nachträgliche" Reduktion eines zu weit gefaßten Leitbildtatbestands versteht, ist dies nicht charakteristisch für die negativen Merkmale. Das Merkmal "ohne Sekundanten" in § 2o8 StGB bedeutet keine Einschränkung, sondern eine Verschärfung des Unrechts. Durch die Merkmale "unecht" bei den Münzdelikten und der Urkundenfälschung, "unwahr" bei der Verleumdung und "unrichtig" bei der Ausstellung falscher Gesundheitszeugnisse (278 StGB) wird das typische Unrecht erst begründet. Außerdem können auch positive Merkmale den Tatbestand reduzieren, wie schon bei den Privilegierungen festgestellt wurde.

Warum es bei allen negativen Merkmalen genügen soll, daß der Täter nicht den entgegengesetzten positiven Sachverhalt annimmt, begründet von Weber nicht näher. Betrachten wir zunächst die negativen Merkmale im Leitbildtatbestand. Hier zeigt sich, daß zwischen der Unkenntnis vom Vorliegen eines negativ gefaßten Merkmals und der irrtümlichen Annahme des entsprechenden positiven Merkmals in der Regel kein Unterschied besteht. Wer beim Zweikampf nicht weiß, daß keine Sekundanten anwesend sind, kann nur von ihrer Gegenwart ausgehen. Wer bei einer Entführung (§§ 236 f. StGB) in Unkenntnis über das fehlende Einverständnis ist, glaubt positiv an eine Einwilligung. Das Nichtwissen um die Unechtheit bei Münz- und Urkundendelikten ist identisch mit der Annahme der Echtheit. Ebenso ist die Sachlage bei den Merkmalen "außerehelicher Beischlaf", "willenlos", "bewußtlos" (§§ 176 Abs. 1 Nr. 2; 177 StGB) und "unehelich" (§ 217 StGB). Ein Zwischengebiet des "Nicht-Daran-Denkens" scheint nach der Natur des betreffenden Tatverhaltens ausgeschlossen. Anders ist dies jedoch bei den Merkmalen "unter 14", bzw. "unter 21 Jahren" (§§ 176 Abs. 1 Nr. 3; 174 Nr. 1; 175 a Nr. 3) und "das 16. Lebensjahr nicht vollendet" (§ 182 StGB), wo die Möglichkeit, daß sich der Täter keine Gedanken macht, schon eher besteht. Fraglich ist dies wieder bei dem Merkmal "unbescholtenen" in § 182 StGB, bei dem die Frage

---

14) Engisch, ZStW 7o, 587

nach dem erforderlichen Vorsatzinhalt schon jeher umstritten war. Gerade bei der Verführung eines jungen Mädchens ist es unwahrscheinlich, daß sich der Täter über geschlechtliche Erfahrungen seines Opfers keine Gedanken macht [15].

In den Fällen, wo das Zwischengebiet des bloßen "Nicht-Daran-Denkens" eine Rolle spielen kann, ist es anfechtbar, aus der negativen Fassung eines Merkmals des Leitbildtatbestands Folgerungen für den Vorsatz zu ziehen - abgesehen von der Frage, ob man von Vorsatz sprechen darf, wenn sich der Täter über ein Tatbestandsmerkmal keine Gedanken macht. von Weber gibt selbst zu, daß negative Merkmale oft ohne weiteres in positive verwandelt werden können. Für den Vorsatz darf es keinen Unterschied machen, ob das Gesetz in § 182 StGB das Merkmal "unbescholten" oder "ehrbar" gebraucht, ob das Tatobjekt bei den §§ 176 Abs. 1 Nr. 3, 174 Nr. 1, 175 a Nr. 3 StGB unter 14, bzw. 21 Jahren oder ein Kind oder Jugendlicher ist[16]. So spricht der Entwurf 1962 in § 21o von der Unzucht mit "Kindern" [17] und schafft in Absatz 6 für den Fall, daß der Täter nicht erkennt, daß es sich um ein Kind handelt, einen besonderen Fahrlässigkeitstatbestand. Daß der Gesetzgeber bei einer negativen Formulierung über mehr zufällige stilistische Erwägungen hinaus Auswirkungen für den Vorsatzbereich beabsichtigt hat, scheint unwahrscheinlich. Daß z.B. bei § 182 StGB nicht die bloße Unkenntnis von Unbescholtenheit und niedrigem Alter, sondern nur die positive Annahme der Bescholtenheit und eines höheren Alters den Vorsatz ausschließen soll [18], hat im Grunde genommen nichts mit der negativen Fassung dieser Merkmale zu tun, sondern beruht auf allgemeinen rechtspolitischen und prozessualen Gründen. Es erscheint untragbar, daß sich der Täter damit herausredet, er habe sich über die betreffenden Umstände überhaupt keine Gedanken gemacht [19].

---

15) Vgl. Armin Kaufmann, JZ 1955, 38 Anm. 6
16) Vgl. Armin Kaufmann, JZ 1955, 38; Hirsch, aaO S. 257 Anm. 97
17) Vgl. auch §§ 211 Abs. 2, 212 E 1962. Die Legaldefinition in § 1o Nr. 1,2 E 1962 ist negativ gefaßt: Kind ist, wer noch nicht 14, Jugendlicher, wer noch nicht 18 Jahre alt ist.
18) So Welzel, § 64 II 4 b, S. 416; Engisch, ZStW 7o, 598 für "unbescholten"; BGH NJW 1951, 53o für "unbescholten"; anders BGH NJW 1953, 152 für "unter 14" in § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB; a.A. Schröder, aaO § 182, Anm. 8, S. 986 mit weiteren Zitaten
19) In § 213 E 1962 ist das Merkmal "unbescholten" weggelassen worden, um die Schutzfunktion dieser Bestimmung zu verbessern.

Es fragt sich, ob die Unterscheidung zwischen negativen Merkmalen und positiven Merkmalen mit negativem Inhalt fruchtbar ist. Richtig ist, daß die negativ gefaßten Merkmale des Leitbildtatbestands nur positive Merkmale mit negativem Inhalt sind, bei denen keine Besonderheiten für den Vorsatz gelten. Zu ihnen müssen auch die Unbescholtenheit und das niedrige Alter in § 182 StGB gehören. Sind die Rechtfertigungsgründe echte negative Merkmale mit der Folge, daß bei ihnen auf der Vorsatzseite auch nur ein Negativum, nämlich Nichtannahme, erforderlich ist? Der negative Charakter der Rechtfertigungsgründe ist deswegen besonderer Art, weil er auf dem Zusammenspiel von Verbotsnorm und Erlaubnissatz beruht. Die sonstigen negativ formulierten Tatbestandsmerkmale sind nur ein Mittel zur Beschreibung des Leitbildtatbestands und lassen sich auch positiv ausdrücken. Die Rechtfertigungsgründe dagegen führen notwendigerweise durch ein negatives Verfahren den Leitbildtatbestand auf das Maß des Rechtswidrigen zurück und können nicht in positive Tatbestandsmerkmale umgeformt werden. Es ist daher unrichtig, sie [20] als positive Merkmale mit negativem Inhalt anzusehen.

Unter der Formulierung "gesetzlicher Tatbestand" in § 59 StGB ist der im Besonderen Teil gesetzlich niedergelegte engere Tatbestand, der Leitbildtatbestand mit seinen positiven Merkmalen, zu verstehen. Denn § 59 stammt aus einer Zeit, in der die Natur der Rechtfertigungsgründe als negative Tatbestandsmerkmale noch nicht diskutiert wurde. Zwar ist das Gesetz klüger als der Gesetzgeber, doch dürfte es die Grenzen teleologischer Auslegung überschreiten, § 59 auf den Unrechtstatbestand direkt anzuwenden. Seine zurückhaltende Fassung, die Beschränkung auf die Rechtsfolgen der Unkenntnis von Tatumständen, gibt der Rechtswissenschaft weiten Spielraum zu ermitteln, was Vorsatzerfordernis ist und welcher Irrtum den Vorsatz ausschließt. § 59 ist eine Ausprägung des allgemeinen Rechtsgedankens, daß der vorliegende Unrechtssachverhalt in der Psyche des Täters seine Entsprechung finden muß, wenn man einen Schuldvorwurf erheben will. Dies berechtigt zu einer analogen Anwendung von § 59 auf Rechtfertigungsumstände, die nicht zu monströsen Ergebnissen führen muß [21]. Es ist durchaus sinnvoll, aus der Negativität der Recht-

---

20) wie Hirsch, aaO S. 268 ff.; Früh, aaO S. 69

21) Vgl. Lang-Hinrichsen, JZ 1953, 363; für eine direkte Anwendung von § 59 sind Arthur Kaufmann (JZ 1954, 656) und Schröder (MDR 1953,7o)

fertigungsgründe den Schluß zu ziehen, daß auf der Vorsatzebene Nichtannahme genügt, so daß umgekehrt beim Irrtum nicht die Unkenntnis vom Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes, sondern nur die positive Annahme seines Vorliegens den Vorsatz ausschließt. Welzels Vorwurf einer Analogie praeter legem [22] beruht auf einem zu positivistischen Festhalten am Wortlaut.

Schewe [23] hat treffend auf die Doppeldeutigkeit des Irrtums hingewiesen: Bei positiven Merkmalen ist wesentlich die Unkenntnis. Was der Täter sich anstatt des positiven Merkmals vorgestellt hat, ist uninteressant. Es ist eine Ergänzung notwendig, um dem Täter die Kenntnis von der wahren Sachlage zu vermitteln. Beim Irrtum über negative Merkmale wird etwas nicht Vorhandenes angenommen. Schon die Reduktion dieser falschen Vorstellung ergibt das richtige Bild von der Wirklichkeit. Bei negativen Merkmalen genügt das "nichts" Denken, um die richtige Vorstellung zu haben. Die positive Vorstellung, daß kein negatives Merkmal vorliegt, ist überflüssig.

b) Das aktuelle Bewußtsein als Vorsatzerfordernis

Ist es überhaupt notwendig, zwischen der Kenntnis vom Fehlen und der Nichtannahme vom Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes auf der Vorsatzseite, bzw. zwischen der Unkenntnis vom Fehlen und der Annahme vom Vorliegen auf der Irrtumsseite zu unterscheiden, um dem Vorwurf eines monströsen Vorsatzes zu entgehen?

Es ist der Vorsatz als Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung näher zu untersuchen. Einig ist man sich darüber, daß das Erfordernis des aktuellen Bewußtseins der Tatumstände nicht überspannt werden darf. Der Täter braucht über die Tatumstände nicht zu reflektieren, sie müssen nur für die Willensbildung wirksam geworden sein [24]. Nach Welzel genügt nicht die potentielle Kenntnis der Tatumstände, also die Möglichkeit, sie wie erlerntes Schulwissen ins Bewußtsein zu heben. Der Täter muß

---

22) MDR 1952, 589
23) Bewußtsein und Vorsatz, 1967, S. 27
24) Schröder, aaO § 59, Anm. 14, S. 455 f.

sich ihrer im Augenblick der Tat bewußt gewesen sein, er muß sie sich vorgestellt, an sie gedacht haben. Welzel räumt jedoch ein, daß die Intensität des aktuellen Bewußtseins verschieden groß sein kann, je nachdem ob es sich um das Tatziel, die Mittel oder die begleitenden Umstände handelt [25]. Das Bewußtsein gleicht einer Bühne, die Vorder- und Hintergrund hat [26].

Weiter geht Mezger: Dem für den Vorsatz nicht ausreichenden potentiellen Wissen ist nicht das "aktuelle Daran-Denken" gegenüberzustellen, sondern das "aktuelle Wissen", das kein in klaren Vorstellungen sich bewegendes Denken sein muß. Auch das "Unbewußte und seine Gefühlstöne" besitzen Aktualität im Handeln des Menschen. Aktuelles Wissen bei der Tat braucht nichtimmer ein deutlicher Bewußtseins- und Vorstellungsinhalt zu sein, sondern kann auch in einer "Gefühlswarnung" bestehen [27]. Auch das Unrechtsbewußtsein muß daher keine aktuelle Vorstellung der Rechtswidrigkeit sein, es genügt eine Gefühlseinstellung des Täters [28].

Bemerkenswert sind in diesem Zusammenhang Ausführungen von Schmidhäuser im Anschluß an von Freytag-Löringhoff über das Sprach- und Sachdenken [29]. "... Wir denken nicht immer, wie man spricht, sondern wir denken oft, wie man nur denken und nicht auch sprechen kann, nämlich direkt zu den Sachen, die wir zwar durch die Sprache und im Begriffe kennengelernt und für unser Denken verfügbar bekommen haben, nun aber auch ohne Sprache im Bewußtsein gegenwärtig haben können." [3o] Sachdenken ist der sprachfreie meinende Umgang mit den Dingen selbst auf Grund einer bildhaften Erinnerung. Es ist schneller als das Sprachdenken und "wundersam umfassend". Es ist aber kein potentielles, sondern aktuelles Bewußtsein [31]. Im Unbewußten gespeicherte Bilder treten bei einem entsprechenden Erlebnis ins Bewußtsein [32].

---

25) aaO § 13 I 2, S. 62; vgl. § 22 II, S. 154 f.
26) Welzel, Große Strafrechtskommission, Niederschriften, 2. Bd., S. 6
27) LK, 8. Aufl. 1956, § 59, Anm. II 9, S. 482
28) aaO Anm. II 14 b, S. 493
29) Festschrift für H. Mayer, S. 317 ff.
3o) aaO S. 325
31) aaO S. 326 f.
32) aaO S. 33o

Platzgummer untersucht den Vorsatz auf psychologischer Grundlage. Der Vorsatz muß nach seiner Ansicht "entrationalisiert" werden, da ein "Daran-Denken" im Augenblick der Tat bei vielen Tatbestandsmerkmalen häufig fehlt [33]. Gefühlsmäßige Warnungen im Sinne von Mezger reichen für den Vorsatz aber nicht aus. Damit ein Wissen Inhalt eines Willensaktes wird, ist eine gewisse geistige Auseinandersetzung notwendig [34]. Anknüpfend an Untersuchungen des Wiener Psychologen Rohracher stellt Platzgummer jedoch fest, daß es Tatbestandsmerkmale gibt, die auch ohne ausdrückliche Beachtung des Bewußtseins vom Wollen mit umfaßt werden. "Es handelt sich um ein Bewußtsein, das zwar nicht explicite beachtet wird, das aber mit einem anderen beachteten Bewußtseinsinhalt mitbewußt ist und implicite notwendig auch mitbeachtet werden muß. Das Mitbewußte kann daher auch mitgewollt werden." [35] Dieses " M i t b e w u ß t s e i n " beruht auf dem Erfahrungswissen. Eindrücke werden nicht mehr gesondert erlebt, sondern ohne rationales Urteil wahrgenommen. Die Einzelempfindung wird automatisch aus der Erfahrung ergänzt [36]. Die Eindrücke werden nicht weiter verarbeitet, "sondern bleiben als vager, intuitiv erfaßter Gesamtkomplex im Bewußtsein haften", umfassen aber auch so Bedeutung und Sinngehalt des Gegenstands [37]. Dem Mitbewußtsein ähnlich ist das ständig vorhandene " B e g l e i t w i s s e n ", ein unerläßlicher Bestand an Bewußtseinsinhalten, der Eigenschaften, Pflichtverhältnisse des Täters und allgemeine Zeitumstände umfaßt [38].

Von einer anderen psychologischen Betrachtungsweise aus kommt Schewe zu ähnlichen Ergebnissen. Schewe wendet sich gegen die herkömmliche juristische Auffassung, die beim Vorsatz eine ausdrückliche Registrierung der einzelnen Tatumstände fordert und nur hinsichtlich des "Bewußtheitsgrades" Zugeständnisse macht [39]. Der Vorsatz ist mehr als die Summe hinreichend bewußter Vorstellungen sämtlicher Tatumstände. Entscheidend ist nicht der Grad der Beachtung der Einzelheiten, sondern die Integration des Wahrgenommenen in den erlebten Situations- und Handlungszusammenhang [4o].

---

33) Die Bewußtseinsform des Vorsatzes, S. 37
34) aaO S. 78 ff.
35) aaO S. 83
36) aaO S. 84
37) aaO S. 85
38) aaO S. 87 ff.
39) Bewußtsein und Vorsatz, S. 55
4o) aaO S. 51 f., 55

Schewe stellt dem "atomistischen Denken", das die Erscheinungen innerhalb des Psychischen isoliert, die "Gestaltpsychologie" gegenüber [41]. Die Wahrnehmung wird bestimmt durch ein "Figur-Grund-Verhältnis". Aus dem Hintergrund des "aktuellen Erlebnisfeldes" treten "gestalthafte" Einzelgebilde hervor [42]. Der Grund oder die "Bezugssysteme" sind ihrem Wesen nach unbeachtet und unbewußt, weil sie selbstverständlich sind [43]. Demgegenüber verkörpern die Figuren das Unwahrscheinliche [44]. Die einmal vorhandene "Orientiertheit" über die "umfassenden Bezüge" ist selbstverständliche Voraussetzung, Basis und Ausgangsposition jedes bewußten Verhaltens. Sie bedarf keines "Daran-Denkens", keiner Zuwendung von Aufmerksamkeit mehr, um erhalten zu bleiben [45]. Unbewußt in diesem Sinn können Tatbestandsmerkmale sein, die Bezugssysteme betreffen, "systembedingte Eigenschaften" - etwa Ort oder Tageszeit beim Diebstahl oder soziale Bezüge (Verwandtschaft, Kindesalter) [46]. Von dieser unbewußten Orientierung ist das "potentielle Wissen" zu unterscheiden, auch ein unbewußter psychischer Bestand, der aber außerhalb des aktuellen Erlebnisfeldes liegt und dem das Subjekt sich jederzeit zuwenden kann [47]. Interessant ist, daß Schewe mit Hilfe der Ganzheitspsychologie zur Denkform des Typus gelangt [48]. Der Vorsatz ist am Typus orientiert [49].

Es zeigt sich, daß die Lehre vom Leitbildtatbestand von einem Vorsatzbegriff ausgeht, der überhaupt nicht existiert, wenn sie der LvdnT monströse Konsequenzen beim Vorsatz vorwirft. Auch nach Welzel brauchte sich der Vorsatztäter keinesfalls verstandesmäßig-logisch über das Fehlen aller möglichen Rechtfertigungsgründe Rechenschaft zu geben. Bei der Bestimmung des Vorsatzes darf aber auch an den Erfahrungen der Psychologie nicht vorbeigegangen werden. Mag man im einzelnen den Erweiterungen des Vorsatzbegriffs kritisch gegenüberstehen, da die Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht verwischt werden darf - dieser Einwand gilt

---

41) aaO S. 64 ff.
42) aaO S. 9o, 112, vgl. Vorwort von Gerchow S. 1o
43) aaO S. 111 ff., insbes. 114
44) aaO S. 1o9 Anm. 5
45) aaO S. 115 f.
46) aaO S. 123 f., 113
47) aaO S. 116 ff.
48) aaO S. 98 ff.
49) aaO S. 1o6

insbesondere für Mezgers Gefühlswarnungen -, so ergibt sich doch eines: Man wird dem Bewußtsein des Menschen, seinen Empfindungen und Motivationen nicht gerecht, wenn man beim Vorsatz für alle Tatumstände ein rationales Erfassen und exaktes Registrieren verlangt. Das aktuelle Bewußtsein beim Vorsatz ist etwas sehr Komplexes, das sich aus klaren und verschwommenen Bildern, gedanklich reflektierten und intuitiv aufgenommenen Eindrücken zusammensetzt. Wenn man dies beachtet, lassen sich auch die Fälle lösen, bei denen man dem Täter die Einlassung, er habe sich nichts dabei gedacht, nicht abnehmen will - wie bei §§ 176 Abs. 1 Nr. 3, 182 StGB. [5o)]

Untersuchen wir die Bewußtseinslage eines Vorsatztäters, der sich über das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen keine Gedanken macht und den die LvdnT, wenn man ihren Kritikern Glauben schenken will, freisprechen müßte. Die Situation des Mörders oder Totschlägers und die Notwehrlage schließen sich gegenseitig aus. Wer einen Menschen aus niedrigen Beweggründen tötet oder im Zorn erschlägt, geht von einem Sachverhalt aus, in dem Rechtfertigungsgründe zwangsläufig nicht vorkommen. Die Abtreiberin hat einen Handlungswillen, der die Voraussetzungen einer gerechtfertigten Schwangerschaftsunterbrechung naturgemäß nicht umfaßt. Dies gilt allgemein. Der Verbrecher hat bei seiner Tat einen Bewußtseinsinhalt, in dem für rechtfertigende Situationen kein Platz ist. [51)] Der Vorsatz des Mörders oder Totschlägers ist eben kein natürlicher Handlungsvorsatz, der sich auf die naturalistisch gesehene Tötung eines Menschen beschränkt, sondern ist dolus malus. Der verbrecherische Vorsatz umschließt ein unwerterfülltes Geschehen, mit dem das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes nicht vereinbar ist.

Der Täter, der die Merkmale des Leitbildtatbestands kennt, insbesondere die normativen Tatbestandsmerkmale laienhaft richtig wertet und nicht etwa das Vorliegen eines rechtlich anerkannten Rechtfertigungsgrundes positiv annimmt, hat eine derartige Kenntnis von der sozialen Bedeutung

---

5o) So verliert auch die Frage ihre Bedeutung, ob beim Verbotsirrtum die positive Annahme, kein Unrecht zu tun, erforderlich ist (so § 21 Entwurf 1962, vgl. Begründung S. 135) oder ob die Unkenntnis von der Rechtswidrigkeit genügt (so u.a. Arthur Kaufmann, ZStW 76, 557; Roxin, ZStW 76, 6o7).

51) Die Problematik des dolus eventualis soll hier zunächst außer Betracht bleiben.

seiner Tat, daß sein Bewußtsein zwangsläufig auch das Fehlen von Rechtfertigungsgründen umschließt - zwar nicht rational reflektierend, aber auch nicht nur latent, potentiell, sondern verschwommen, intuitiv im Sinne eines Bewußtseinshintergrundes. [52] Die Auffassung, daß für den Vorsatz die Nichtannahme eines Rechtfertigungsgrundes genügt, ist richtig, aber nicht allein aus dem formellen Grund, weil die Rechtfertigungsgründe negative Tatbestandsmerkmale sind, sondern weil der Täter im Hintergrund seines Bewußtseins weiß, daß Rechtfertigungsgründe nicht vorliegen. Nur die Annahme eines Rechtfertigungsgrundes schließt den Vorsatz aus. Denn sie ist der einzige Fall der wirklichen Unkenntnis vom Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes. Es ergibt sich, daß auch bei den Rechtfertigungsgründen das Zwischengebiet des Nicht-Daran-Denkens keine besondere Bedeutung hat. So ging schon Frank, der für den Vorsatz Kenntnis vom Fehlen von Rechtfertigungsgründen verlangte, stillschweigend davon aus, daß die Unkenntnis vom Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes sich in der irrigen Annahme seines Vorliegens erschöpft [53].

Schwierigkeiten beim d o l u s e v e n t u a l i s , wie Armin Kaufmann meint [54], bestehen für die LvdnT nicht. Auch hier sollte man sich der Besonderheit der Rechtfertigungsgründe bewußt sein. Der Täter muß selbstverständlich nicht das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen in Kauf nehmen, sondern das Nichtvorliegen. Er muß an das Vorliegen der Voraussetzungen glauben, mit der Möglichkeit rechnen, daß dies nicht der Fall ist, und den Erfolg trotzdem billigen. Wenn der Täter das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes für möglich hält, ihm dies aber nach Art eines "omnimodo facturus" gleichgültig ist, so handelt er mit dolus directus.

---

52) Ähnlich Roxin (aaO S. 125 f.), der von einem immanenten Bewußtsein des Nichtvorliegens der Rechtfertigungsgründe, einem sich aus der Situation ergebenden Wissen auch ohne aktuelle Vorstellung spricht; Engisch (ZStW 7o, 598): "Irgendwie ist dem Täter doch gegenwärtig, daß von einem rechtfertigenden Sachverhalt in concreto nicht die Rede ist"; Naka (JZ 1961, 211 Anm. 12):"Jede Handlung geschieht unter ganz bestimmten Umweltsvoraussetzungen, was eine Begrenzung der Zahl der in Betracht kommenden Rechtfertigungsgründe zur Folge hat"; Mezger, Große Strafrechtskommission, Niederschriften, 2. Bd., S. 22

53) 5./7. Aufl., § 59, Anm. II 2, S. 129; vgl. § 182, Anm. III, S. 3oo

54) JZ 1955, 38

3. Die Voraussehbarkeit des Fehlens von Rechtfertigungsgründen bei der Fahrlässigkeit

Wenn die Rechtfertigungsgründe einschränkende Merkmale des Unrechtstatbestands sind, so muß dies auch bei der Fahrlässigkeit gelten. Ist ein Rechtfertigungsgrund gegeben, so fehlt ein Unrechtstatbestand; ob der Täter vorsätzlich oder fahrlässig handelt, ist gleichgültig.

Die Fahrlässigkeit muß sich auf den gesamten Unrechtstatbestand und nicht nur auf den Leitbildtatbestand, die Rechtsgutsverletzung, erstrecken. Es fragt sich daher, in welcher Form die Fahrlässigkeit das Fehlen von Rechtfertigungsgründen umfassen muß. Wenn man die Nichtannahme für den Vorsatz bei Rechtfertigungsgründen genügen läßt, so ergibt sich keinesfalls die Konsequenz, auch bei der Fahrlässigkeit auf der subjektiven Seite eine Umkehrung vorzunehmen [55]. Es ist unsinnig zu verlangen, daß der Täter die Rechtsgutsverletzung voraussehen, das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes aber nicht voraussehen kann. Vorsatz und Fahrlässigkeit sind völlig verschiedene seelische Haltungen. Was für das eine gilt, braucht nicht für das andere zu gelten. Nach Armin Kaufmann führt die LvdnT aber auch hier zu einer Monstrosität. Der Täter müsse in allen Fahrlässigkeitsfällen voraussehen können, daß die Voraussetzungen sämtlicher Rechtfertigungsgründe nicht vorliegen. Eine Bestrafung wegen Fahrlässigkeit wäre infolgedessen kaum noch möglich - eine Konsequenz, die allein den Fahrlässigkeitstäter befriedigen könne [56].

Ebenso wie der Vorsatztäter die Tat in ihrer sozialen Bedeutung, mit ihrem Unwertgehalt kennen muß, muß auch der Fahrlässigkeitstäter den eingetretenen unerwünschten Erfolg, so wie er ist, vorhersehen können, d.h. nicht als rein naturalistisch verstandene Folge gefährlichen Verhaltens, sondern als unwerthafte Rechtsgutsverletzung, als grundlose Tötung oder Körperverletzung. Wie beim Vorsatz dem Täter das Wissen immanent ist, daß kein Rechtfertigungsgrund vorliegt, wenn er nicht gerade die Existenz eines Rechtfertigungsgrundes positiv annimmt, so ist bei der Fahrlässigkeit die Vorhersehbarkeit der Rechtsgutsverletzung mit der Vorhersehbarkeit des Fehlens eines Rechtfertigungsgrundes verbunden.

---

55) So Hirsch, aaO S. 312 f.
56) JZ 1955, 39; ebenso Hirsch, aaO S. 313

In dem unerwünschten Erfolg, der vorausgesehen werden muß, steckt auch die Tatsache, daß Rechtfertigungsgründe fehlen. Voraussehbarkeit ist ja nicht Voraussicht. Es ist schwer vorstellbar, daß bei einem gefährlichen Verhalten - etwa im Straßenverkehr oder bei einer mutwilligen Schlägerei - zwar die daraus resultierende Rechtsgutsverletzung, Tötung oder Körperverletzung, voraussehbar war, nicht aber die Tatsache, daß für die Rechtsgutsverletzung kein rechtfertigender Anlaß vorhanden war. Die Abwesenheit eines Rechtfertigungsgrundes ist aus der Situation heraus selbstverständlich. Die Vorhersehbarkeit ist nur da fraglich, wo der Täter gerade vom Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes ausgeht. Nur hier ist es besonders zu prüfen und ausdrücklich festzustellen, ob das Fehlen des Rechtfertigungsgrundes voraussehbar, ob der Irrtum vermeidbar war.

Wenn auf Grund neuer Erkenntnisse über das Wesen des Tatbestands auch Konsequenzen für die Fahrlässigkeit gezogen werden, wenn sich die Fahrlässigkeit also auf den Gesamterfolg einschließlich des Fehlens von Rechtfertigungsgründen erstrecken muß, so kann darin keine unzulässige Relativierung des Erfolgsbegriffs gesehen werden, die mit §§ 222, 23o StGB unvereinbar ist [57]. Der Wortlaut des Gesetzes kann wissenschaftliche Erkenntnis nicht verhindern. Solange die Grenzen der teleologischen Auslegung und der erlaubten Analogie nicht überschritten werden, kann die Praxis die Folgen aus dieser Erkenntnis ziehen.

4. Die subjektiven Rechtfertigungselemente

Da die Rechtfertigungsgründe einschränkende Tatbestandsmerkmale sind, ist es überflüssig, subjektive Rechtfertigungselemente zu konstruieren [58]. Die subjektive Seite bei der Rechtfertigung läßt sich befriedigend mit Hilfe des Vorsatzes regeln. Die Frage nach subjektiven Rechtfertigungselementen, nach einer Rechtfertigungstendenz ist in Wirklichkeit ein Vorsatzproblem. Ebenso wie der Vorsatz Spiegelbild des Tatbestands ist, ist das subjektive Rechtfertigungselement als negativer Vorsatzbestandteil Spiegeldbild des Rechtfertigungsgrundes in der Psyche des Täters.

---

57) So Armin Kaufmann, JZ 1955, 39

58) Ebenso Roxin, aaO S. 161. A.A. die herrschende Meinung, die insbesondere bei der Notwehr ein subjektives Rechtfertigungselement verlangt (vgl. Schröder, aaO § 51, Vorbem. 75 ff.; Maurach, AT, § 25 V, S. 258 ff.; Schmitt, JuS 1963, 64 ff. m. weiteren Zitaten

Ist ein subjektives Rechtfertigungselement - also Kenntnis von der rechtfertigenden Situation, bzw. deren irrige Annahme und Wille zur Wahrnehmung des Rechtfertigungsgrundes - vorhanden, so ist der Vorsatz ausgeschlossen. Liegt das subjektive Rechtfertigungselement nicht vor, so bleibt es beim Vorsatz. Das hat zur Folge, daß Rechtfertigung schon durch das Vorliegen der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen eintrifft. Dies hat Konsequenzen für Fahrlässigkeit und Versuch.

a) Die Rechtfertigung fahrlässigen Verhaltens

Die fahrlässige Verwirklichung eines Leitbildtatbestands ist rechtmäßig, wenn die objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes gegeben sind. Der Polizist, der bei einem Angriff berechtigt wäre, von seiner Schußwaffe Gebrauch zu machen, ist gerechtfertigt, wenn er nur drohen will und sich aus seiner Waffe infolge Fahrlässigkeit ein Schuß löst, der den Angreifer verletzt. Der Bombenflieger, der aus Unachtsamkeit seine Bomben verliert und dabei eine feindliche Stellung zerstört, handelt rechtmäßig. Durch die objektive Rechtfertigungslage ist der Erfolgsunwert weggefallen. Der in der Unachtsamkeit liegende Handlungsunwert kann nicht zur Strafbarkeit führen. Es liegt ein Fall der versuchten Fahrlässigkeit vor. Die Gegenmeinung müßte wegen eines vollendeten fahrlassigen Delikts bestrafen, weil wegen des fehlenden subjektiven Rechtfertigungselements Rechtfertigung nicht in Frage kommt. Einen Menschen zu bestrafen, weil er fahrlässig getan hat, was er vorsätzlich hätte tun dürfen, ist mit Recht unvernünftig und ungerecht genannt worden [59].

b) Untauglicher Versuch und Rechtfertigung

Welche Auswirkungen hat dies für den Versuch? Der Versuch ist ein gescheitertes Delikt, der Tatbestand ist nicht voll erfüllt, der Vorsatz und seine Verwirklichung in der Außenwelt klaffen auseinander. In bezug auf die Rechtfertigungsgründe folgt daraus, daß Versuch vorliegt, wenn

---

59) Schmitt, JuS 1963, 66. Schmitt lehnt nur bei der Fahrlässigkeit subjektive Rechtfertigungselemente ab, bejaht sie aber beim Vorsatz in Parallele zu den subjektiven Unrechtselementen (aaO S. 67 f.). Er verkennt, daß sich das Problem der subjektiven Rechtfertigungselemente durch den Vorsatz lösen läßt und muß daher für Vorsatz und Fahrlässigkeit verschiedene Rechtfertigungsvoraussetzungen annehmen. Ebenso Schröder, aaO § 51, Vorbem. 77, S. 413

der Täter mit dolus malus handelt, in Wirklichkeit der Unrechtstatbestand aber nicht gegeben ist, weil die objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes zutreffen. Es handelt sich um einen untauglichen Versuch, einen umgekehrten Tatbestandsirrtum - aber nicht etwa wegen Untauglichkeit des Objekts, denn die Rechtfertigungsgründe schränken nicht lediglich das Tatobjekt ein [6o)], sondern weil sich die vorliegende rechtfertigende Situation für einen deliktischen Erfolg nicht eignet. Das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes führt zu einem untauglichen Versuch eigener Art.

So begeht z.B. nur den Versuch einer Tötung, wer mit Tötungsvorsatz und ohne Kenntnis seiner Notwehrlage, also ohne Verteidigungswillen, einen Gegner niederschießt, der ihn selbst gerade töten will. Ebenso ist die Handlung des Soldaten zu beurteilen, der seinen Vorgesetzten ermorden will, aber in ausnahmsweise beachtlichem "error in persona" im Dunkeln einen sich nähernden Feind erschießt [61)].

Die Gegenmeinung müßte in diesen Fällen wegen eines straflosen Wahndelikts freisprechen. Denn wenn die Rechtfertigungsgründe Bestandteil der Rechtswidrigkeit sind, so liegt bei Unkenntnis vom Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes irrige Annahme der Rechtswidrigkeit, also ein umgekehrter Verbotsirrtum, ein Wahndelikt, vor. Daher beruft sich die Gegenmeinung auf die subjektiven Rechtfertigungselemente, die bei Unkenntnis von der Rechtfertigungslage fehlen, so daß der Rechtfertigungsgrund nicht zum Zuge kommt [62)]. Das hat aber zur Folge, daß man wegen eines vollendeten Delikts bestrafen muß, obwohl wegen der objektiven Rechtfertigungslage ein Erfolgsunwert - wie stets beim Versuch - fehlt. Der Erfolg, daß ein Rechtsgut verletzt worden ist, spielt keine Rolle. Entscheidend ist, daß es an einem rechtlich mißbilligtem Gesamterfolg mangelt [63)]. Nicht vereinbaren läßt es sich allerdings, einerseits mit der Begründung, daß der Täter objektiv in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung handelt und nur subjektiv den Willen hat, das Recht zu verletzen, Versuch anzunehmen, andererseits aber an der Existenz von subjektiven Rechtfertigungselementen festzuhalten [64)].

6o) Vgl. oben IV. 2. b)
61) Vgl. von Weber, JZ 1951, 263; Schaffstein, MDR 1951, 199
62) Hirsch, aaO S. 251 ff.
63) Dies verkennt Hirsch, aaO S. 247 ff., 255
64) So Schröder, aaO § 43, Anm. 49 ff., S. 293 f.; § 51, Vorbem. 76, S.412; § 53, Anm. 26, S. 44o

Wer subjektive Rechtfertigungselemente als Rechtfertigungsmerkmale bejaht, muß bei deren Fehlen Vollendung annehmen, da der Rechtfertigungsgrund ja überhaupt nicht eingreift. Wenn man wie Schröder bei Vorsatz und objektiver Rechtfertigung Versuch bejaht, bzw. bei Fahrlässigkeit und objektiver Rechtfertigung überhaupt nicht bestraft, so bleibt für subjektive Rechtfertigungselemente keine Funktion mehr übrig.

Wenn die LvdnT bei dolus malus, aber objektiver Rechtfertigung Versuch annimmt, so braucht deswegen nicht die Strafbarkeit des Versuchs durch den Gesetzgeber ausgedehnt zu werden, wie Hirsch meint [65]. Ein Bedürfnis zur Bestrafung von Körperverletzungen oder Freiheitsberaubungen, die zwar in objektiver Rechtfertigungslage, aber nicht in subjektiver Rechtfertigungstendenz vorgenommen wurden, besteht nicht. Man sollte sich davon freimachen, so viel Gewicht auf die rein naturalistisch gesehene Rechtsgutsverletzung zu legen.

Die LvdnT erlaubt einen Verzicht auf subjektive Rechtfertigungselemente und bewährt sich so bei Fahrlässigkeit und Versuch.

---

65) aaO S. 255

VII. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund

1. Die Unterscheidung zwischen Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen

Aus den Überlegungen zum Verbrechensaufbau und zur Struktur des Unrechtskomplexes hat sich ergeben, daß die Rechtfertigungsgründe negative, einschränkende Merkmale des Unrechtstatbestands sind. Wir hatten gesehen, daß es möglich und sinnvoll ist, daß sich der Vorsatz auf den gesamten Unrechtstatbestand erstreckt. Zum Abschluß sollen noch kurz die Folgen dieses Ergebnisses für die Irrtumsproblematik erwähnt, der Tatbestand als Irrtumstatbestand untersucht werden. Denn Ausgangspunkt der LvdnT war ja die Irrtumslehre. Die LvdnT ist entwickelt worden, um ein gerechtes und befriedigendes Ergebnis beim Irrtum über Rechtfertigungsgründe zu erzielen, und hat auf diesem Wege zu vertieften Einsichten in Tatbestandslehre und Verbrechensaufbau geführt.

Dabei handelt es sich nicht um den Streit zwischen Schuld- und Vorsatztheorie, der nur die Behandlung des Irrtums über die Rechtswidrigkeit, des Verbotsirrtums, zum Gegenstand hat. Es geht vielmehr um die vorgelagerte Frage, ob der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund Tatbestandsirrtum oder Verbotsirrtum ist [1]. Da die Rechtfertigungsgründe einschränkende Merkmale des Tatbestands sind, schließt die irrige Annahme sämtlicher Voraussetzungen eines rechtlich anerkannten Rechtfertigungsgrundes als Tatbestandsirrtum analog § 59 StGB den Vorsatz aus. Der Unrechtstatbestand hat in der Psyche des Täters keine Entsprechung gefunden. Ein Verbotsirrtum liegt dagegen vor, wenn jemand einen Rechtfertigungsgrund annimmt, der in der Rechtsordnung keine Anerkennung gefunden hat - z.B. beim Glauben, eine Schwangerschaftsunterbrechung aus ethischen, eugenischen oder sozialen Gründen sei gerechtfertigt. Dies gilt auch, wenn die Grenzen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes überschritten werden - z.B. wenn jemand der Ansicht ist, daß Notwehr auch vorbeugend gegen einen in Zukunft drohenden oder nachträglich bei einem vergangenen Angriff gestattet sei. Auch hier wird ein Rechtfertigungsgrund vorausgesetzt,

---

1) Vgl. Arthur Kaufmann, JZ 1963, 505

den es in diesem Umfang nicht gibt [2].

Um beim Irrtum über Rechtfertigungsgründe Tatbestands- und Verbotsirrtum unterscheiden zu können, ist es notwendig, Rechtfertigungsgründe in der Form von Generalklauseln in ihre Merkmale zu zerlegen [3]. Wer z.B. irrig die Merkmale einer rechtswirksamen Einwilligung - etwa Verfügungsbefugnis, freier Entschluß, Ernstlichkeit, Verständnis der Tragweite - annimmt, befindet sich im Tatbestandsirrtum. Wer dagegen unter einer Einwilligung etwas versteht, was nie und nimmer eine rechtsgültige Einwilligung sein kann, nimmt einen nicht existierenden Rechtfertigungsgrund an, irrt über das Verbot.

Ein Grenzfall zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen ist der I r r t u m ü b e r d i e R e c h t s w i d r i g k e i t d e s A n g r i f f s bei der Notwehr. Teilweise wird von den Anhängern der LvdnT die Rechtswidrigkeit des Angriffs als normale rechtliche Voraussetzung der Notwehr angesehen mit der Folge, daß die auf einem Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Angriffs beruhende Annahme der Notwehr stets ein Tatbestandsirrtum ist [4]. Dagegen wurde eingewandt, die Rechtswidrigkeit des Angriffs sei kein normatives Tatbestandsmerkmal der Notwehr, sondern ein spezielles Rechtswidrigkeitsmerkmal, ein Umkehrfall der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung in § 113 StGB. Das Wissen von der Rechtmäßigkeit des Angriffs sei identisch mit der Kenntnis vom Verbot, Widerstand zu leisten. Das Merkmal "Rechtswidrigkeit des Angriffs" bewerte gleichzeitig die Abwehrhandlung. Daher müsse beim Irrtum unterschieden werden: Die irrige Annahme der sachlichen Voraussetzungen eines rechtswidrigen Angriffs führe zu einem Tatbestandsirrtum. Die falsche rechtliche Wertung des Angriffs bei richtiger Kenntnis der Sachlage sei gleichzeitig eine falsche Wertung der Abwehrhandlung, ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit des eigenen Handelns, also ein Verbotsirrtum [5].

---

2) Vgl. Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 179 f.; JZ 1954, 357 f.; ZStW 76, 563 f. Anm. 6o; Engisch, ZStW 7o, 585 f., 599 ff.; gegen die Unterscheidung von Tatbestands- und Verbotsirrtum im Rahmen der Rechtfertigungsgründe von der Vorsatztheorie aus Lang-Hinrichsen, ZStW 63, 339; JR 1952, 188; Schröder, s. oben I. 7. e) Anm. 271)

3) Engisch, ZStW 7o, 6o2 ff.; Müller, aaO S. 114 ff.

4) Vgl. Engisch, Mezger-Festschr., S. 158; ZStW 7o, 584; von Weber, Mezger-Festschr., S. 191; Müller, aaO S. 7o f.; Schröder, MDR 1951, 389

5) Schaffstein, Festschr. OLG Celle, S. 193; Roxin, aaO S. 186; so schon Löffler, Grünhuts Zeitschr. 2o (1893), 777 Anm. 6; vgl. Hirsch, aaO S. 319 ff.

Die Gleichung zwischen Rechtswidrigkeit des Angriffs und Rechtmäßigkeit der Abwehrhandlung geht jedoch nicht ganz auf. Wer einen fremden Angriff für rechtmäßig hält, wird tatsächlich kaum auf den Gedanken kommen, er sei zur Verteidigung berechtigt. Doch steht nicht das Wissen um die Rechtmäßigkeit eines fremden Angriffs, sondern die Kenntnis der Rechtswidrigkeit des Angriffs zur Debatte. Auch bei Rechtswidrigkeit des Angriffs ist die Notwehrhandlung nicht immer rechtmäßig, sondern nur wenn sie erforderlich ist. Rechtswidrige Angriffe von Geisteskranken oder Kindern dürfen nicht abgewehrt werden, wenn Flucht oder Ausweichen zumutbar ist. Rechtswidrige Angriffe auf Sachgüter berechtigen nach Art. 2 Europäische Menschenrechtskonvention nicht zur Tötung des Angreifers, auch wenn sie erforderlich sein sollte. Der Satz, daß bei Rechtmäßigkeit des Angriffs die Abwehrhandlung notwendigerweise rechtswidrig ist, läßt sich nicht umkehren. Die Rechtswidrigkeit des Angriffs ist nicht identisch mit der Rechtmäßigkeit der Abwehrhandlung. Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Angriffs ist kein unmittelbarer Irrtum über die Rechtmäßigkeit der eigenen Abwehrhandlung, sondern nur dessen Voraussetzung.

Anders ist es bei der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung im Rahmen des Widerstands gegen die Staatsgewalt. Hier sind Bewertung der Amtshandlung und Bewertung der Widerstandsleistung einander wirklich reziprok. Ist die Amtsausübung rechtmäßig, so ist der Widerstand rechtswidrig. Handelt der Beamte rechtswidrig, ist der Widerstand stets rechtmäßig. Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung ist ein spezielles Rechtswidrigkeitsmerkmal, bei dem zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum unterschieden werden kann [6].

Soll nun tatsächlich der unsinnigste Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Angriffs den Vorsatz ausschließen - etwa die Annahme des Diebes, der Bestohlene dürfe ihn nicht festhalten [7]? Die Lösung ergibt sich aus einem Gedanken, den das bayrische Oberste Landesgericht ausgesprochen hat: Die Rechtswidrigkeit des Angriffs ist - ähnlich wie die Pflichtwidrigkeit beim Parteiverrat - eine Verweisung auf Rechtssätze, nach

---

6) Vgl. oben V. 3.
7) Vgl. Hirsch, aaO S. 319 ff.; RGSt 72, 3oo; RG DtStrRZ 1916, 419

denen das Verhalten des Angreifers als rechtswidrig zu beurteilen ist [8]. Die Generalklausel "Rechtswidrigkeit des Angriffs" müßte daher in ihre konstituierenden Elemente aufgelöst werden. Darauf allein läßt sich jedoch die Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum nicht gründen, wie das ObLG meint. Denn das Merkmal "Rechtswidrigkeit des Angriffs" enthält anders als die Pflichtwidrigkeit in § 356 StGB [9] noch keine Gesamtbewertung des Verhaltens des Angegriffenen. Folgende Erwägung muß hinzukommen: Wer die sachlichen und rechtlichen Umstände kennt, die den Angriff zu einem rechtmäßigen machen, weiß, was er wissen muß, um eine Abwehr zu unterlassen. Er kennt die materielle Rechtmäßigkeit, den fehlenden sozialethischen Unwert der Angriffshandlung. Das Wissen, daß der Angreifer auch formell im Recht ist, müßte er dann haben. Wenn er den Angriff trotzdem für rechtswidrig hält, so geht dies zu seinen Lasten. Korrekte juristische Subsumtion ist nicht seine Aufgabe. Es liegt, ähnlich wie beim Merkmal der "Zuständigkeit", ein unbeachtlicher Subsumtionsirrtum vor, der allerdings einen Verbotsirrtum zur Folge hat: Der Täter nimmt einen Rechtfertigungsgrund an, den es überhaupt nicht gibt, nämlich Notwehr gegen rechtmäßige Angriffe. Nur wer irrig sachliche oder rechtliche Voraussetzungen annimmt, unter denen der Angriff rechtswidrig wäre, handelt im Tatbestandsirrtum [10].

Beim Irrtum über die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung ergeben sich keine Besonderheiten. Wie oben [11] dargelegt, ist die Erforderlichkeit ein Rechtfertigungsmerkmal unter anderen. Wer irrig annimmt, eine objektiv zu weit gehende Verteidigung sei noch erforderlich, um einen Angreifer wirksam abzuwehren, handelt im Tatbestandsirrtum. Lediglich wer glaubt, auch eine nicht mehr unbedingt erforderliche Verteidigungshandlung sei erlaubt, ist im Verbotsirrtum.

---

8) NJW 1965, 1924 ff., insbes. 1926

9) Vgl. Roxin, aaO S. 136 f.

10) Auch das Merkmal "fremd" stellt eine Zusammenfassung rechtlicher Vorschriften dar. Hier wird man eine Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum jedoch nicht vertreten können. An die laienhafte Subsumtion des Begriffs "fremd", dem formale bürgerlich-rechtliche Konstruktionen zugrundeliegen, müssen schärfere Anforderungen gestellt werden als an die Subsumtion des Begriffs "rechtswidrig", der auf einem materiellen Unwert fußt.

11) IV. 2. b)

2. Der Irrtumstatbestand als Bezugsobjekt für den dolus malus

Durch die Eingliederung der Rechtfertigungsgründe in den Unrechtstatbestand kommt die LvdnT zu einem gerechten Vorsatzbegriff. Der Tatbestand enthält alle Merkmale, die das Rechtswidrigkeitsurteil zur Folge haben, also alles das, was der Täter kennen muß, um den Unwert seiner Tat erfassen zu können. Das im Tatbestand verkörperte materielle Unrecht gibt dem Täter den Impuls, das gesetzliche Verbot, die formelle Rechtswidrigkeit, zu erkennen und sein Tun zu unterlassen. Wenn der Täter sämtliche Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit kennt und die normativen Merkmale laienhaft richtig wertet, sieht er seine Tat im Rahmen seines Erkenntnisvermögens so, wie sie der Gesetzgeber bei der Schaffung der Straftatbestände gesehen hat. Der Täter "weiß, was er tut". Der Vorsatz ist dolus malus. Der Unrechtstatbestand ist grundsätzlich auch Irrtumstatbestand [12].

Die LvdnT ist damit jedoch keine allein an § 59 StGB, an der Irrtumslehre orientierte Tatbestandslehre. Der Unrechtstatbestand wird nicht lediglich als Vorsatzobjekt verstanden [13]. Das Wesen dieser Tatbestandslehre ist gerade ihre Orientierung an der Rechtswidrigkeit. Der Tatbestand ist primär Verkörperung des materiellen Unrechts, Grundlage des Rechtswidrigkeitsurteils. Ob er auch Vorsatzgegenstand, Irrtumstatbestand ist, ist eine sekundäre Frage. Man kann zwar vom Wesen des Vorsatzes auf den Irrtumstatbestand, aber nicht auf den Unrechtstatbestand schließen. Da es Aufgabe des Vorsatzes ist, dem Täter die Unrechtskenntnis zu vermitteln, läßt sich umgekehrt vom Umfang des Unrechtstatbestands her der Irrtumstatbestand, der Inhalt des Vorsatzes, bestimmen [14].

Die völlige Identität von Unrechts- und Irrtumstatbestand scheitert nur an den objektiven Bedingungen der Strafbarkeit. Da diese Merkmale für den Unwertgehalt der Tat von Bedeutung sind, begründen sie mit das Unrecht und gehören also zum Unrechtstatbestand. Aus kriminalpolitischen Erwägungen des Gesetzgebers braucht sich der Vorsatz im Widerspruch zum

---

12) Vgl. Arthur Kaufmann, Schuldprinzip, S. 13o ff.; Unrechtsbewußtsein, S. 142 ff., 164 ff.; ZStW 76, 552 ff.; JZ 1956, 394; 1954, 654; Engisch, ZStW 7o, 572 ff.; Schaffstein, Festschr. OLG Celle, S. 18o ff.; von Weber, Mezger-Festschr., S. 189; Naka, JZ 1961, 211; Schröder, MDR 1953, 7o; 1951, 387; BGHSt 16, 158

13) So Schweikert, aaO S. 127 ff.

14) Vgl. Arthur Kaufmann, JZ 1956, 356; Schaffstein, aaO S. 181, 185

Schuldprinzip aber nicht auf sie zu beziehen [15].

Gegen das Irrtumsergebnis der LvdnT wendet Hirsch [16] ein, daß es Fälle geben könne, in denen der Täter trotz der irrigen Annahme der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes auf Grund einer Wahnvorstellung seine Tat für rechtswidrig halte - z.B. jemand fühle sich rechtswidrig angegriffen, glaube aber aus irgendeinem Grund, daß Notwehr generell verboten sei. Hier dürfe im Gegensatz zur LvdnT der Rechtfertigungsirrtum keine Bedeutung haben, da der Täter ja mit Unrechtsbewußtsein gehandelt habe.

Hirsch verkennt aber, daß man nur dann von einem dolus malus sprechen kann, wenn der Täter die Bedeutung seines Tuns richtig erkennt. Zwar braucht er nicht juristisch exakt zu subsumieren, aber sein Unrechtsbewußtsein muß sich auf die Tat beziehen, so wie sie wirklich ist. Ein begleitendes, allgemeines Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, hervorgerufen durch ein etwa in Idealkonkurrenz verwirklichtes Delikt oder gar durch einen Wahn, reicht nicht aus. Das Unrechtsbewußtsein ist nicht "unteilbar" [17]. Im Beispielsfall liegt daher ein Tatbestandsirrtum, verbunden mit einem unbeachtlichen Wahndelikt, vor.

3. Die Impulswirkung der Rechtsgutsverletzung

Der LvdnT ist entgegengehalten worden, daß der Täter, der irrig die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes annehme, sich bewußt sei, daß er eine strafrechtlich relevante Rechtsgutsverletzung begehe, und sich nun fragen müsse, ob ihm die Umstände ausnahmsweise trotzdem ein Recht zur Verletzung gäben. Der Täter habe durch das Wissen um die Rechtsgutsverletzung besondere Anregungen bekommen, sein Verhalten zu überprüfen. Er könne nicht auf eine Stufe mit dem Fahrlässigkeitstäter gestellt werden, der etwas Harmloses, strafrechtlich Irrelevantes wolle, das eine Rechtsgutsverletzung zur Folge habe, die dieser nicht voraussehe oder zu vermeiden hoffe. Wer über die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes irre, stehe nicht vor der Frage "Was ist das?", sondern

---

15) Vgl. Arthur Kaufmann, Schuldprinzip, S. 247 ff.
16) aaO S. 226 ff., insbes. S. 229
17) Vgl. BGHSt 1o, 35; 15, 377 gegen BGHSt 3, 343

"Darf ich?", er irre nicht über das Objekt der Wertung, sondern über die Wertung des Objekts [18].

Die Antwort darauf ergibt sich schon aus der Stellungnahme zur Bedeutung der Rechtsgutsverletzung für den Unrechtstatbestand. Nicht allein die Verwirklichung des Leitbildtatbestands sendet Impulse aus, die den Täter veranlassen müssen, sein Verhalten zu überprüfen. Rechtsgutsverletzungen oder Eingriffe in Interessen und damit Impulse können schon vorliegen, ehe der Leitbildtatbestand erfüllt ist. Insbesondere Umstände wie "Unzucht" und "Verführung zum Beischlaf" müssen wegen des in ihnen verkörperten moralischen Unwerts für den Täter als Signal dienen nachzuprüfen, ob nicht ein strafrechtliches Verbot besteht. Doch wird niemand auf die Idee kommen, Vorsatz anzunehmen, weil der Täter trotz dieses Impulses handelte, wenn er sich etwa nur über das Alter seines Opfers irrte [19].

Engisch und Schaffstein haben auch mit Recht hervorgehoben, daß der von der bevorstehenden Rechtsgutsverletzung ausgesandte Impuls durch die Annahme von Rechtfertigungsgründen "paralysiert" wird. Das Verhalten erscheint dem Täter nunmehr völlig normal, sozialadäquat, ja teilweise sogar vom Recht geboten [20]. Der Impuls aus der beabsichtigten Rechtsgutsverletzung unterscheidet sich in der Stärke seiner Motivation und damit seiner Bedeutung für die Schuld nicht von den Impulsen, die der typische Fahrlässigkeitstäter aus seinem gefährdenden Tun - etwa Hantieren mit einer Waffe oder rücksichtsloser Fahrweise - empfängt.

Der Irrtum über Rechtfertigungsvoraussetzungen ist nicht leichter zu erkennen als sonstige Tatbestandsirrtümer. Er ist kein Irrtum über das "Dürfen". Ebenso wie bei den Umständen des Leitbildtatbestands fragt sich der Täter auch bei der Rechtfertigung zunächst, was für eine Situation vor ihm liegt und wertet erst danach. Es handelt sich um eine Frage der Tatfahrlässigkeit, nicht etwa der Rechtsfahrlässigkeit im Einzelfall [21].

---

18) Vgl. Welzel, aaO § 22 III 1 f), S. 163; JZ 1955, 144; Fukuda, JZ 1958, 147; Hirsch, aaO S. 314 ff.
19) Vgl. Engisch, ZStW 7o, 59o ff.
2o) Engisch, aaO; Schaffstein, Festschr. OLG Celle, S. 183 f.
21) Vgl. Arthur Kaufmann, JZ 1954, 658; ZStW 76, 573; Engisch, ZStW 7o, 594; Schröder, aaO § 59, Anm. 113, S. 482; Lang-Hinrichsen, JZ 1953, 364

4. Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf 1962

Verfehlt ist die Irrtumsregelung im Entwurf 1962. Der Entwurf unterscheidet zwischen Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum [22], versucht aber beim Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund strafrechtsdogmatische Stellungnahmen zu vermeiden. Die Entscheidung des Streits um die LvdnT soll der Rechtswissenschaft überlassen werden. Das Problem wird lediglich auf Grund praktischer, kriminalpolitischer Erwägungen gelöst. Die amtliche Begründung beruft sich auf das Gerechtigkeitsgefühl [23].

§ 2o E 1962 behandelt den Irrtum über rechtfertigende oder entschuldigende Umstände:

(1) Wer bei Begehung der Tat irrig Umstände annimmt, welche die Tat rechtfertigen oder entschuldigen würden, wird nicht wegen vorsätzlicher Begehung bestraft.

(2) Er wird jedoch wegen fahrlässiger Begehung bestraft, wenn ihm der Irrtum vorzuwerfen ist und das Gesetz auch fahrlässiges Handeln mit Strafe bedroht.

Der Entwurf entscheidet also nicht, ob bei der irrigen Annahme der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes der Vorsatz ausgeschlossen ist, bestimmt aber, daß nicht wegen Vorsatzes bestraft werden soll. Der Irrtum wird nur "wie ein Tatbestandsirrtum" behandelt [24]. Damit wird eine d r i t t e I r r t u m s a r t neben Tatbestands- und Verbotsirrtum angenommen - eine Irrtumsart, die es aber überhaupt nicht gibt. Denn der Irrtum über die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes schließt entweder den Vorsatz aus, so daß Fahrlässigkeit zu prüfen übrig bleibt, oder läßt den Vorsatz bestehen; eine dritte Möglichkeit gibt es nicht. Diese beiden Möglichkeiten sind Tatbestands- und Verbotsirrtum, wenn man nicht mit der Vorsatztheorie auch bei Verbotsirrtum den Vorsatz ausschließt. Die Annahme eines rechtlich anerkannten Rechtfertigungsgrundes ist ein Irrtum über eine Voraussetzung der Rechtswidrigkeit, nicht aber über die Rechtswidrigkeit selbst.

---

22) §§ 19, 21 E 1962
23) Vgl. Begründung zu § 2o, S. 133 und zu § 39, S. 16o
24) So auch Gallas, ZStW 67, 46 Anm. 89; Dreher, ZStW 67, 433 f.; Schweikert, aaO S. 39; vgl. auch die Diskussion in der Großen Strafrechtskommission, Niederschriften, 2. Bd., S. 27 f., 41 ff., 56 f.
25) Vgl. Arthur Kaufmann, JZ 1956, 353, 355

Ein Verbotsirrtum, also ein Irrtum über die formelle Rechtswidrigkeit, kann daher nicht vorliegen. Warum sollte man dann innerhalb des Unrechtstatbestands einen Sonderirrtum über Rechtfertigungsgründe bilden, der dann doch wie der Tatbestandsirrtum den Vorsatz ausschließt?

Unrichtig ist auch, neben dem Irrtum über rechtfertigende Umstände den Irrtum über die Merkmale eines E n t s c h u l d i g u n g s g r u n d e s zu regeln [26]. Die Entschuldigung ist eine Frage des Zumutbarkeit, die mit Vorsatz und Fahrlässigkeit nichts zu tun hat. Das Vorliegen eines Entschuldigungsgrundes schließt nicht den Vorsatz, sondern nur die Schuld aus, weil das rechtmäßige Verhalten wegen einer besonderen Zwangslage nicht zumutbar ist. Da die seelische Motivation dieselbe ist, wenn der Täter einen Entschuldigungsgrund irrig annimmt, kann auch dann die Schuld ausgeschlossen oder gemindert sein [27].

Eine Ausnahme sieht der Entwurf beim Irrtum über den r e c h t f e r t i g e n d e n N o t s t a n d vor (§ 39 Abs. 2):

> (2) Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig Umstände an, welche die Tat nach Absatz 1 rechtfertigen würden, so wird er nur dann bestraft, wenn ihm der Irrtum vorzuwerfen ist. Die Strafe ist nach § 64 Absatz 1 mit folgender Maßgabe zu mildern: ...
> § 2o ist anzuwenden.

Unter Berufung auf das Rechtsgefühl und das Erscheinungsbild und Wesen der Tat soll nun doch aus dem Vorsatzdelikt bestraft werden [28]. Aber selbst davon macht der Entwurf wieder Ausnahmen und schafft selbständige Delikte beim Irrtum über die Voraussetzungen der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung (§ 158), wobei sogar noch der Versuch mit Strafe bedroht wird, bei irriger eigenmächtiger Unterbrechung der Schwangerschaft (§ 159 Abs. 3) und bei irriger eigenmächtiger Heilbehandlung (§ 162 Abs. 4).

---

26) Auch Mezger, StB, AT, 9. Aufl. 196o, § 68 III, S. 179; Jagusch, LK, 8. Aufl. 1956, § 54, Anm. 7; BGHSt 5, 374 schließen bei irrtümlicher Annahme eines Entschuldigungsgrundes den Vorsatz aus

27) Vgl. Arthur Kaufmann, ZStW 76, 577 f.; JZ 1956, 353 m. weit. Zit.

28) Vgl. amtliche Begründung, S. 16o; ebenso Hardwig, GA 1956, 378; ZStW 78, 21

Eine Regelung, die unbekümmert um die dogmatischen Fragen, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt und was denn die Voraussetzungen von Vorsatz und Fahrlässigkeit sind, Vorsatz- und Fahrlässigkeitsstrafe androht, wenn es opportun erscheint, hängt in der Luft. Strafrechtsdogmatik ist nicht Selbstzweck, sondern dient der Praxis, schafft ihr die wissenschaftliche Grundlage und muß daher von der Gesetzgebung auch zur Kenntnis genommen werden. Wegen Vorsatz und Fahrlässigkeit kann nur bestraft werden, wenn Vorsatz und Fahrlässigkeit auch wirklich gegeben sind [29]. Arthur Kaufmann nennt es mit Recht die bedenklichste Art von Dogmatismus, wenn man dogmatische Fragen ohne dogmatische Konzeption entscheidet [30]. So kommt es dazu, daß der Entwurf beim Irrtum über die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes einmal Fahrlässigkeit (§ 2o) und einmal Vorsatz (§ 39 Abs. 2) fingiert [31]. Das Motiv des Entwurfs, in dem Streit um die LvdnT neutral zu bleiben und eine Klärung der Rechtswissenschaft zu überlassen, ist gewiß billigenswert. Dann muß man jedoch eine weite, neutrale Irrtumsbestimmung schaffen, die ähnlich wie § 59 StGB zugunsten oder zuungunsten der LvdnT ausgelegt werden kann, und nicht eine Vielzahl minuziös ausgeklügelter, sich widersprechender und in kein System passender Einzelregelungen.

Die irrige Annahme der Notstandsvoraussetzungen darf nicht anders behandelt werden als der Irrtum über sonstige Rechtfertigungsgründe. In allen Fällen hat der Täter einen rechtlich nicht anfechtbaren Willensinhalt, kommt aber auf Grund seines Irrtums zu einem rechtswidrigen Erfolg. Es handelt sich um ein Fahrlässigkeitsproblem [32]. Die Bedenken Welzels [33], daß der Notstand gegenüber der Notwehr eine Sonderstellung einnimmt, weil er alle Einzeltatbestände des Besonderen Teils betreffen und in Krisenzeiten überhandnehmen kann, weil bei ihm fremde Rechte aufgeopfert werden und Zeit zur Prüfung seiner Voraussetzungen verbleibt, überzeugen nicht. An die Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands, insbesondere an das Merkmal der Güterabwägung, sind strenge Anforderungen

---

29) Vgl. Roxin, ZStW 76, 584 ff.
30) ZStW 76, 545
31) Kaufmann, aaO S. 565, 571
32) Vgl. Arthur Kaufmann, JZ 1956, 393 f.; ZStW 76, 571 ff.; Roxin, ZStW 76, 594 ff.; Lange, JZ 1953, 9 ff.
33) ZStW 76, 629 ff.; vgl. auch JZ 1955, 142; ZStW 67, 217 f., 22o Anm. 4o

zu stellen [34]. Die Zeit der Prüfung ist eine Fahrlässigkeitsfrage.

Das selektive Prinzip bei der Bestrafung der Fahrlässigkeit braucht nicht aufgegeben zu werden. Das von Engisch [35] vorgeschlagene Delikt der Notstandsfahrlässigkeit ist nicht erforderlich. Wo Fahrlässigkeit nicht strafbar ist, wie bei Hausfriedensbruch, Beleidigung, Nötigung, Freiheitsberaubung und Sachbeschädigung, besteht auch bei irriger Annahme des Notstands kein Strafbedürfnis. Wenn man mit dem Unrechtstatbestand, der Gleichstellung von Leitbildtatbestand und Rechtfertigungsgrund Ernst macht, muß nur dort vom Täter verlangt werden, eine rechtfertigende Situation sorgfältig zu prüfen, wo auch besondere Aufmerksamkeit beim Vermeiden der Verwirklichung des Leitbildtatbestands erwartet wird [36]. Eine Erweiterung der fahrlässigen Delikte ist nur dort erforderlich, wo generell die fahrlässige Deliktsverwirklichung strafwürdig erscheint. Dies gilt auch für die fahrlässige Annahme der Voraussetzungen der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung, für die immer wieder Strafbarkeit gefordert wird. Wenn man hier de lege ferenda Abhilfe schaffen will, so sollte man sich fragen, ob nicht grob fahrlässige Drittabtreibung generell strafbar sein sollte. Der leichtfertige Irrtum über die Voraussetzungen der Schwangerschaftsunterbrechung und die grob fahrlässige Körperverletzung einer Schwangeren, die zur Fehlgeburt führt, haben den gleichen Unwert.

Nach alldem kann die Irrtumsbestimmung des Alternativ-Entwurfs nur Zustimmung finden:

§ 19 Irrtum über Tatumstände

(1) Wer bei Begehung der Tat über einen gesetzlichen Tatumstand irrt oder irrig Umstände annimmt, welche das Unrecht der Tat ausschließen würden, handelt nicht vorsätzlich. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt.

---

34) Vgl. § 15 Alternativ-Entwurf mit Begründung, S. 51
35) ZStW 7o, 6o9
36) Vgl. Engisch, ZStW 7o, 6o1

5. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Ohne rechte dogmatische Grundlage ist auch die Lösung des BGH. Nach seiner Auffassung schließt die irrtümliche Annahme der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes den Vorsatz aus, weil es sich dabei um einen Irrtum über die Sachlage und keinen "Erkenntnisfehler auf dem Gebiet des rechtlichen Sollens" handelt [37]. Diese Unterscheidung zwischen "Tatirrtum" und Irrtum über das rechtliche Sollen hat heftige Kritik herausgefordert. Man warf dem BGH vor, die verfehlte Unterscheidung des Reichsgerichts zwischen Tat- und Rechtsirrtum, die seit der Irrtumsentscheidung BGHSt 2, 194 ff. überwunden schien, wieder aufzugreifen [38]. Doch dürfte dies trotz der unglücklichen Formulierungen nicht beabsichtigt gewesen sein. Auch der BGH wird nicht verkannt haben, daß die Rechtfertigungsgründe ebenso wie die Tatbestände des Besonderen Teils aus deskriptiven und normativen Merkmalen bestehen und daß es ungerechtfertigt wäre zu unterscheiden, ob die Rechtfertigungslage wegen eines Irrtums über eine tatsächliche oder rechtliche Voraussetzung angenommen wird [39].

Der BGH begründet seine Auffassung mit Billigkeitserwägungen über die Natur des Irrtums bei Rechtfertigungsvoraussetzungen, er entwickelt seine Lösungen vom Ergebnis her. Wenn die Annahme der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes den Vorsatz ausschließt, müßte der BGH konsequenterweise die Rechtfertigungsgründe als einschränkende Merkmale des Irrtumstatbestands anerkennen.

Abzulehnen ist die Meinung von BGHSt 3, 7, daß beim rechtfertigenden Notstand die Pflicht zur gewissenhaften Prüfung selbst Rechtfertigungsmerkmal ist. Danach müßte bei der Schwangerschaftsunterbrechung der oberflächliche Arzt sogar bestraft werden, wenn für das Leben der Mutter tatsächlich eine Gefahr besteht [40].

---

37) BGHSt 3, 105; siehe oben I. 1o.
38) Vgl. Schröder, MDR 1953, 7o ff.; ZStW 65, 2o6 f.; Lang-Hinrichsen, JZ 1953, 362; Welzel, JZ 1952, 597; Maurach, AT, § 37 I E 1, S. 394; Niese, DRiZ 1953, 2o ff.
39) Vgl. Arthur Kaufmann, JZ 1954, 653 Anm. 5; Mezger, StB, AT, 9. Aufl. 196o, § 69, S. 188
4o) Vgl. Lange, JZ 53, 9 ff.; Niese, DRiZ 1953, 2o; Schröder, MDR 1953, 72; Welzel, JZ 1955, 142; Arthur Kaufmann, JZ 1956, 393

Wenn der BGH sagt, daß jemand, der die Voraussetzungen eines rechtlich anerkannten Rechtfertigungsgrundes annimmt, "an sich rechtstreu" ist [41], so meint er etwas Richtiges. Denn der Täter will etwas vollbringen, was das Recht ausdrücklich gebilligt oder wenigstens freigestellt hat. Wer einen nicht existierenden Rechtfertigungsgrund annimmt, denkt über den Rahmen des Rechts hinaus, schafft eigenmächtig Rechtfertigungsgründe, Zuzugeben ist jedoch, daß beide das Recht nicht verletzen wollen.

6. Ergebnis

Die LvdnT kommt durch die Eingliederung der Rechtfertigungsgründe in den Tatbestand zu einem gerechten Ergebnis beim Irrtum. Sie verlegt das Schwergewicht rechtlicher Würdigung von der naturalistisch gesehenen Rechtsgutsverletzung, die so verschiedene Erscheinungen wie das schwerste Verbrechen und eine gesellschaftlich wertvolle Handlung umfassen kann, auf die sozialethisch unwerthafte und darum verbotene Gesamterscheinung. Dadurch kann sie Vorsatz und Fahrlässigkeit, Tatbestands- und Verbotsirrtum befriedigend voneinander abgrenzen. Der Mensch in Notwehr, der helfende Arzt und der Erziehungsberechtigte werden nicht auf eine Ebene mit dem Totschläger, Abtreiber und Raufbold gestellt. Wer die ihm vom Recht zur Verfügung gestellten Rechtfertigungsgründe in Anspruch nimmt, um einen rechtlich nicht mißbilligten Erfolg zu erzielen, aber in einem Irrtum befangen ist, so daß es tatsächlich zu einem unerwünschten Erfolg kommt, wird nicht mit dem Makel eines vorsätzlichen Rechtsbrechers behaftet. Wenn sein Irrtum einen Vorwurf verdient, dann nur den der Fahrlässigkeit. Die unbilligen Ergebnisse, die dabei der LvdnT vorgeworfen werden, beruhen hauptsächlich darauf, daß man immer wieder einseitig die Rechtsgutsverletzung sieht und nicht berücksichtigt, daß der Täter etwas gewollt hat, was noch im Rahmen des Geduldeten, Normalen und oft Wertvollen liegt.

Daher darf man auch nicht argumentieren, eine bewußte und gewollte Tötung "könne doch" keine fahrlässige Tötung sein oder eine vollendete Tötung

---

41) BGHSt 3, 1o5. Vgl. Arthur Kaufmann, JZ 1954, 654, 658; Engisch, ZStW 7o, 577 f., 599 ff.; dagegen u.a. Schröder, MDR 1953, 71; Lang-Hinrichsen, JZ 1953, 364; Welzel, JZ 1952, 598 Anm. 1; Niese, DRiZ 1953, 22

kein Versuch. Gewiß wird der Laie dem zunächst zustimmen, aber doch auch verwundert sein, wenn er irrig die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes angenommen hat und wegen vorsätzlicher Tat verurteilt wird, wenn er unbewußt in Rechtfertigungslage mit Vorsatz gehandelt hat und wegen Vollendung bestraft wird. So liegt auch nichts Bedenkliches darin, mittelbare Täterschaft anzunehmen, wenn jemand den Irrtum eines anderen über die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes ausnutzt und ihn in Kenntnis der wahren Sachlage bei seinem Tun anleitet [42]. Es kommt eben nicht auf die Rechtsgutsverletzung an sich an, sondern auf die nicht gerechtfertigte,unwerthafte, verbotene Rechtsgutsverletzung. Nur läßt sich der Unrechtstatbestand und der auf ihn bezogene dolus malus nicht so prägnant und volkstümlich ausdrücken wie der Leitbildtatbestand und der "natürliche" Vorsatz. Gerade sprachliche Schwierigkeiten haben ja mit dazu geführt, daß der Komplex des Unrechten in dem Regel-Ausnahme-Verhältnis Verbotsnorm und Erlaubnissatz, Leitbildtatbestand und Rechtfertigungsgrund dargestellt wird.

---

42) A.A. Hirsch, aaO S. 326 ff.

VIII. Zusammenfassung

Die Untersuchung über die Stellung der Rechtfertigungsgründe im Verbrechensaufbau hat zu folgenden Ergebnissen geführt:

Das Verbrechen kann sinnvoll nur in die Stufen Rechtswidrigkeit und Schuld gegliedert werden. Auf jeder Stufe läßt sich zwischen Urteil und Gegenstand des Urteils unterscheiden. Verkörperung des Unrechts ist der Unrechtstatbestand; seine Verwirklichung hat das Urteil der Rechtswidrigkeit zur Folge.

Fundament der Tatbestandslehre ist die Normentheorie. Historisch, ex ante gesehen,liegt dem Unrechtstatbestand, abgesehen von den offenen Tatbeständen, das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Verbotsnorm und Erlaubnissatz zugrunde, das aber nur praktisch-didaktische Bedeutung hat. Bei einer wertenden Betrachtung ex post ist Grundlage des Unrechtstatbestands eine Verbotsnorm, die, eingeschränkt durch die Rechtfertigungsgründe, das verbotene Verhalten abschließend verkörpert. Das antithetische Verhältnis "Verbotsnorm - Erlaubnissatz" wird zur Synthese "Unrechtsbegründung".

Die Unterscheidung zwischen Verbotsnorm und Erlaubnissatz, engerem Tatbestand des Besonderen Teils (Leitbildtatbestand) und Rechtfertigungsgrund hat daher keine sachliche Bedeutung für den Verbrechensaufbau, sondern ist nur technisches Hilfsmittel zur Unrechtsbestimmung. Insbesondere ist es nicht gerechtfertigt, im Unrechtstatbestand eine Stufe strafrechtlicher Relevanz, typischen Unrechts einzuführen.

Die Rechtfertigungsgründe sind negative, einschränkende Merkmale des Unrechtstatbestands. Dies führt nicht zu Schwierigkeiten beim Vorsatz. Nur die positive Annahme eines Rechtfertigungsgrundes schließt den Vorsatz aus. Bei dolus malus wird die Abwesenheit einer rechtfertigenden Situation vom Bewußtsein als "Hintergrund" intuitiv mit umfaßt. Subjektive Rechtfertigungselemente sind entbehrlich. Das objektive

Vorliegen von Rechtfertigungsgründen rechtfertigt fahrlässiges Verhalten und führt bei dolus malus zum untauglichen Versuch.

Die Annahme sämtlicher Voraussetzungen eines rechtlich anerkannten Rechtfertigungsgrundes ist stets Tatbestandsirrtum und schließt den Vorsatz aus. Die Annahme eines nicht existierenden Rechtfertigungsgrundes ist Verbotsirrtum. Die Regelung des Irrtums über Rechtfertigungsgründe im Entwurf 1962 ist abzulehnen.

Lebenslauf

Am 1o. Januar 1939 wurde ich, Norbert Weigt, als Sohn des Intendanturrates Dr. Heinz-Herbert Weigt und seiner Ehefrau Margarete, geb. Kuczera, in Stettin geboren.

Nach dem Besuch der Grundschule und des Canisius-Kollegs in Berlin bestand ich in Stuttgart 1958 auf dem humanistischen Eberhard-Ludwigs-Gymnasium das Abitur.

Daran schloß sich das Studium der Rechtswissenschaft in Kiel, München, Tübingen und Saarbrücken. Im Dezember 1962 legte ich in Saarbrücken die erste juristische Staatsprüfung ab. Nach dem juristischen Vorbereitungsdienst im Saarland bestand ich im Dezember 1966 in Saarbrücken das Assessorexamen. Seit dem 1. Oktober 1967 bin ich im Bundesministerium für Wirtschaft tätig.

Meine akademischen Lehrer waren u.a. die Herren Professoren Dürig, Engisch, Fechner, Gernhuber, Arthur Kaufmann, Maihofer, Hellmuth Mayer und Mestmäcker.